Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit und die strafprozessualen Prozeßvoraussetzungen außerhalb der Strafprozeßordnung.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Helmut Rheindorf
Referendar aus Krefeld

Approbiert am 10. Oktober 1929.

Gedruckt
im Tageblatt-Haus, Coburg
1930

30:104

Referent:
Univ.-Professor Dr. Köhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner lieben Braut
gewidmet.

Anordnung.

Seite

I. Hauptteil: Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit im allgemeinen . . . . . 1—20

1. Definition in der Literatur, insbesondere im Verhältnis zur Schuldhaftung § 59 StGB. . . . . 1—10

a) Oft wird das Verhältnis zur Schuldhaftung nicht berührt.

b) Objektive Bedingungen der Strafbarkeit als normenfremde Bestandteile.

c) Objektive Bedingungen der Strafbarkeit liegen fern vom tatbestandsmäßigen Handeln.

d) Herrschende Meinung: Objektive Bedingungen der Strafbarkeit gehören nicht zum Tatbestand.

2. Was bedeutet „Tatbestand?“ . . . . . 10—15

a) Definition in der Literatur.

b) Das Verhältnis des Tatbestandes zur Rechtswidrigkeit.

c) Tatbestand ist die vertypte Rechtswidrigkeit.

d) Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit gehören zum Tatbestand.

3. Was bedeutet „Tatumstand?“ . . . . . 15—18

a) Stellung der Literatur.

b) Einteilung der Tatumstände nach dem Schuldurteil:

aa) Tatumstände im engeren Sinne. § 59 StGB.

bb) Aeußere Tatumstände, die nicht vom Verschulden umfaßt werden brauchen.

c) Ergebnis: Objektive Bedingungen der Strafbarkeit sind solche äußere Tatumstände, die zum übrigen Tatbestand hinzutreten müssen, damit Rechtswidrigkeit in dem Maße vorliegt, daß Strafe geboten erscheint. Aber wegen ihres weiten Abstandes von der asozialen Willensbetätigung gehören sie nicht zu den engeren Tatumständen des § 59 StGB., die vom Verschulden des Täters umspannt werden müssen.

d) Ablehnung einer Zweiteilung der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit.

4. Stellung der Entwürfe . . . . . 18—20

Seite

II. Hauptteil: Die strafprozessualen Prozeßvoraussetzungen 21—26

1. Die Lehre Bülow's.
2. Die Meinungsverschiedenheit über den Prozeß als Rechtsverhältnis.
3. Definition: Prozeßvoraussetzungen sind die prozeßrechtlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer gerichtlichen Sachentscheidung.
4. Bedeutung der Unterscheidung.

III. Hauptteil: Die einzelnen Fälle . . . . . 27—57

1. Objektive Bedingungen der Strafbarkeit . . . . 27—40
   a) Die Verbürgung der Gegenseitigkeit in §§ 102/3 StGB.
   b) Die Begehung des Verbrechens in § 139 StGB.
   c) Der Eintritt des Todes usw. in § 227 StGB.
   d) Das Stattfinden des Zweikampfes in § 210 StGB.
   e) Die Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung in §§ 239—240 Konkursordnung und § 10 Depotgesetz.
   f) Die Verursachung eines Schadens bei fahrlässiger Beschädigung von Wasser- und Schutzbauten in § 326 StGB.
   g) Die Verursachung eines Schadens bei fahrlässiger Nichterfüllung von Lieferungsverträgen in § 329 II StGB.
   h) Die Inländereigenschaft und die Strafbarkeit eines im Ausland begangenen Verbrechens nach ausländischem Recht in § 4 StGB.
   i) Die Ehescheidung beim Ehebruch § 172 StGB.
   k) Die Auflösung der Ehe beim Ehebetrug in § 170 StGB.
2. Zu den engeren Tatumständen des § 59 gehört: Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung in §§ 113, 117 StGB. . . . . 40—44
3. Strafprozessuale Prozeßvoraussetzungen außerhalb der Strafprozeßordnung . . . . . 45—55
   a) Der Strafantrag in §§ 61 ff. StGB.
   b) Die Ermächtigung in §§ 99, 101, 197 StGB.
   c) Die Erledigung eines präjudiziellen Verfahrens in §§ 164, 191 StGB.
   d) Der Vorentscheid der Behörde in § 11 E.G.G.V.G.
   e) Die Genehmigung in Art. 37 R.V. und Art 43 R.V.
   f) Die Ehe zwischen Entführer und Entführter in § 238 StGB.
4. Eine Vorschrift des materiellen Rechts dagegen ist die Verjährung §§ 66—72 . . . . . 55—57

Literaturverzeichnis.

Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1922.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919.

Baumgarten: Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1913, 1926.

Beling: Deutsches Strafrecht 1928.
— Die Lehre vom Verbrechen 1906.
— Grundriß des Deutschen Strafrechts 1925.

Bennecke-Beling: Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts 1900.

Beseler: Kommentar zum Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten vom 14. April 1851.

Beutner: Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt 1917.

Binding: Handbuch I, des Strafrechts 1885.
— Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, bes. Teil, 2. Bd., 2. Abt., 1905.
— Die Normen und ihre Uebertretungen, Bd. 1, 1890.
— Die Normen und ihre Uebertretungen, Bd. 2, 1, 1914.
— Die Normen und ihre Uebertretungen, Bd. 2, 2, 1916.
— Die Normen und ihre Uebertretungen, Bd. 3, 1918.
— Die Normen und ihre Uebertretungen, Bd. 4, 1 u. 2, 1919.

Birkmeyer: Deutsches Strafprozeßrecht 1898.

Blume: Die Tatbestandskomplemente 1906.

Bülow: Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen 1868.

Cohn: Das Problem der Bestrafung des Ehebruchs, 1916.

Damm: Gehören zu den Rechtsnormen über das Verfahren im Sinne des § 360 StPO. a) der Grundsatz „ne bis in idem", b) die Vorschrift über den Strafantrag, c) die Vorschriften über die Verjährung. Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, Band 36, S. 332 ff.

Entwürfe: Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, 1909.
— Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches, 1911.
— Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch 1920 (Kommissionsentwurf von 1913, Entwurf von 1919).
— Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, 1925.
— Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung und zwei Anlagen, 1927.

Finger: Tatbestandsmerkmale und Bedingungen der Strafbarkeit, Goldammer's Archiv, Bd. 50, S. 32 ff.

Frank: Strafgesetzbuch des Deutschen Reiches, 1926.
Gerland: Der deutsche Strafprozeß, 1925.
— Grundriß des Strafrechts, 1922.
— Feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd. 1, bes. Teil, S. 113—254.
Graf Dohna: Das Strafprozeßrecht, 1925.
— Die Rechtswidrigkeit, 1905.
— Recht und Irrtum, 1925.
— Die Verjährung, Reform des Strafrechts, 1926, S. 205—210.
Grünhut: Die Gefährlichkeit als Schuldmoment, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform (Aschaffenburg) 17. Jahrgang, 1926, I. Beiheft.
Hegler: Merkmale des Verbrechens, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 36, S. 19 ff. und S. 184 ff.
— Prinzipien des internationalen Strafrechts, 1906.
Heinitz: Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 211, 1926.
James-Goldschmitt: Der Prozeß als Rechtslage, 1925.
Kahn: Der außerstrafrechtliche Irrtum, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 30.
Kohler: Tatbestandsmerkmal und Strafbarkeitsbedingungen, Goldammer's Archiv, Bd. 49, S. 1 ff., 1904.
Köhler: Deutsches Strafrecht, 1917.
— Lehre vom Strafantrag, 1899.
Kriesmann: Berichterstattung über: Mandel, Dr. Ernst, Die sogenannten äußeren Bedingungen der Strafbarkeit im geltenden Recht und nach den Entwürfen, 1913, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 34, S. 759.
Leipziger Kommentar: Das Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts erläutert von Ebermayer, Lobe, Rosenberg 1925.
Lourié: Die Kriminalverjährung, strafrechtliche Abhandlungen, Heft 178, 1914.
Mamroth: Abschnitt 30—35 der Reform des Strafrechts, 1926.
Mandel: Die sogenannten äußeren Bedingungen der Strafbarkeit im geltenden Recht und nach dem Vorentwurf, 1912.
M. E. Mayer: Deutsches Strafrecht, allgemeiner Teil, 1923.
Merkel: Kriminalistische Abhandlungen 1867.
Merkel: Verbrechen und Strafe, 1912.
Mittermaier: Ueber den Begriff „Verbrechen", Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft Bd. 44 S. 2 ff.
Neumeyer: Die historische und dogmatische Darstellung des strafbaren Bankerotts, 1891.
Ohlshausen: Strafgesetzbuch des deutschen Reiches, 1900.
Oetker: Strafantrag und Verjährung, Reform 1910.
Pfeil: Der Ehebruch in seiner geschichtlichen Entwicklung und im geltenden Recht, 1908.
Radbruch: Handlungsbegriff, in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904.
Rittler: Der Grundsatz der Schuldhaftung und die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, Oesterreichische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 8, S. 122 ff.

Rosenberg: Beitrag zur Lehre von den Prozeßvoraussetzungen, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 36, S 523.

Rüdorff-Stenglein: Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 4. Aufl., 1892.

Sauer: Grundlagen des Strafrechts, 1921.

— Grundlagen des Prozeßrechts, 1919.

— Zur Grundlegung des Rechtes und zur Umgrenzung der strafrechtlichen Tatbestände. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 36, S. 449 ff.

Schmidt: Grundriß des deutschen Strafrechts 1925.

Schoelkens: Strafantrag und Ermächtigung, 1910.

Schwarz: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1914.

Stein: Grundriß des Prozeßrechts und Konkursrechts, 1924.

— Kommentar zur Strafprozeßordnung, 1913.

v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. 3, 1909.

v. Kirchheim: Die rechtliche Natur der Antragsdelikte, 1877.

v. Liszt-Schmidt: Strafrecht, 1927.

Wach: Struktur des Strafgesetzes, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bd. 6, S. 53.

Einleitung.

Dem Staat erwächst aus der Begehung des Verbrechens auf Grund des Strafgesetzbuches die rechtliche Fähigkeit, einen Strafzwang über den Schuldigen zu verhängen. Dies nennt man den materiellen Strafanspruch. Dieser Anspruch muß nun gerichtlich festgestellt werden. Man nennt dies die Strafverfolgung. Strafanspruch und Strafverfolgung haben beide ihre besonderen Voraussetzungen. Beim Strafanspruch ist eine Hauptvoraussetzung die Begehung der im Tatbestand abstrakt geschilderten Handlung, wobei die Frage der Schuld eine besondere Berücksichtigung findet. Bei der Strafverfolgung können Umstände, die außerhalb des Verbrechenstatbestandes liegen, trotzdem der gesetzliche Tatbestand der strafbaren Handlung vollständig erfüllt ist, einer Verfolgung wirksam entgegenstehen. Diese Umstände heißen Prozeßvoraussetzungen. Nun gibt es aber auch beim Strafanspruch Begleitumstände der Tat, die zwar objektiv vorliegen müssen, die aber von der Schuld des Täters nicht umspannt sein brauchen. Diese Ausnahmeerscheinung — objektive Bedingungen der Strafbarkeit genannt — nähern diese materiellrechtliche Vorschrift einer prozeßrechtlichen. Denn für die materiell-rechtliche Seite des Verbrechens ist gerade das Schuldmoment von besonderer Bedeutung. Ist nun eine Unterscheidung von Prozeßvoraussetzungen und objektiven Bedingungen der Strafbarkeit überhaupt möglich, und hat diese Unterscheidung praktisches Interesse? Diese Frage zu untersuchen ist das Thema dieser Arbeit.

I. Hauptteil.

Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit im allgemeinen.

1. Definition in der Literatur, insbesondere im Verhältnis zur Schuldhaftung.

Für das moderne Strafrecht ist der Grundsatz der Schuldhaftung eine Selbstverständlichkeit. Und doch, wieviel Zeit mußte vergehen, bis wir zu dem Grundsatz keine Strafe ohne Schuld gelangten.

Einen Niederschlag dieses Grundsatzes finden wir in § 59 StGB. Hiernach gehört es zum subjektiven Tatbestand, daß der Täter die Tatbestandsmerkmale des gesetzlichen Tatbestandes kennen muß, um wegen der begangenen Tat bestraft zu werden. Eine allzu enge Auslegung des § 59 StGB. führt aber bei einigen Delikten zu sonderbaren Konsequenzen. Z. B. müßte ein Täter, der sich einer feindlichen Handlung gegen befreundete Staaten schuldig macht, auch wissen, daß die Gegenseitigkeit verbürgt ist, wenn er wegen dieser Strafe belangt werden soll. Diese sonderbare Konsequenz läßt erkennen, daß es zweifellos Begleitumstände der Tat geben muß, die, trotzdem sie im Tatbestand (im weiteren Sinne) stehen, vom subjektiven Verschulden des Täters nicht umfaßt sein brauchen. Diese Begleitumstände hängen nämlich zu lose mit dem Verhalten des Täters zusammen, sind für den Grad seiner Schuld zu unerheblich, als daß man zu ihnen eine seelische Relation des Täters fordern könnte. Diese Begleitumstände nennt man objektive Bedingungen der Strafbarkeit.

Um sich vor abenteuerlichen Konsequenzen zu retten, mußte man die Bestimmungen über den Gegenstand der Schuld so ausdeuten, daß für eine Erscheinung der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit Raum blieb. Es geschah bei der überwiegenden Mehrheit der Schriftsteller, indem sie die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit als Momente behandelten, die außerhalb des gesetzlichen Tatbestandes lagen. Objektive Bedingungen der Strafbarkeit und gesetzlicher Tat-

bestand werden einander gegenübergestellt. Rittler [1]) stellt mit Recht die Frage: „Was rechtfertigt dieses Vorgehen der Auslegung? Stellt nicht der Sachverhalt, an den das Gesetz die Strafbarkeit knüpft, in seinem vollen Umfang und in allen seinen Beziehungen den Tatbestand dar? Was berechtigt uns, von diesem Ganzen Teilchen abzusprengen und abzusplittern, sie als tatbestandsfreundlich zu erklären?“ Diesen Zweifel äußert auch v. Bar [2]): „Soll nicht Willkür walten, kann diese Legitimation dazu nur aus einer sorgfältigen Analyse des Wesens des Schuldurteils gewonnen werden. Diese Auslegung muß einen inneren Unterschied zwischen Tatbestandsmerkmalen und Strafbarkeitsbedingungen ausweisen.“ Hieraufhin wollen wir zunächst die Literatur untersuchen.

Kohler [3]) setzt den Begriff der objektiven Bedingungen als bekannt voraus und äußert sich über unser Problem überhaupt nicht. Finger [4]) trennt vom Tatbestand die äußeren Bedingungen, für die er keine Schuldbeziehung fordert. Nach ihm sind äußere Bedingungen — ein anderer Ausdruck für objektive Bedingungen der Strafbarkeit — Umstände, die im Zeitpunkt der Tat gegeben sein müssen, und eine rechtlich logische und faktische Beziehung enthalten. Damit zeigt Finger lediglich die Tatsache, ohne jedoch zu erklären, warum dies mit der Schuldhaftung vereinbar ist. Von großer Bedeutung war Blumes [5]) „Tatbestandskomplemente“. Ihm schließen sich die älteren Auflagen des Kommentars von Frank an. Nach ihm ist der Unterschied zwischen Tatbestand und Bedingungen der Strafbarkeit darin zu finden, daß [6]) „das Setzen von Tatbestandsmerkmalen in die Hand des Täters gegeben ist, das Setzen von äußeren Bedingungen ihm völlig entzogen ist... Alle diejenigen Momente, welche begrifflich der Verursachung oder der Verschuldung des Täters zugänglich sind, auch wenn das Gesetz diese Eigenschaft möglicherweise nicht berücksichtigt und etwa ausnahmsweise keine Verursachung und kein Verschulden bezüglich einzelner Momente fordert, sind als Tatbestandsmerkmale gegenüber jenen äußeren Bedingungen der Strafbarkeit aufzufassen, welche der Willens- und Tatseite des Verbrechers völlig entzogen sind.“ Diese Scheidung weist den Fehler auf, daß es auch Tatbestandsmerkmale gibt, die der Täter vorfindet, und die er nicht verursachen kann. So im § 211 StGB. beim Morde das Tatbestandsmerkmal „Mensch“, in § 242 beim Diebstahl das Tatbestandsmerkmal „fremde bewegliche Sache“. Andererseits

[1]) Oesterreich. Ztschr. f. Strafrecht Bd. 8 S. 122.
[2]) Gesetz und Schuld Bd. 3 S. 8 Am. 21.
[3]) Gold. Arch. Bd. 49 S. 1 ff
[4]) Gold. Arch. Bd. 50 S. 32 ff.
[5]) Tatbestandskomplemente 1906 S. 16.
[6]) Gesetz und Schuld Bd. 3 S. 17.

werden allgemein zu den Bedingungen der Strafbarkeit auch Umstände gezählt, die der Täter verursacht hat, so in § 227 StGB. beim Raufhandel.

Als methodisch unrichtig ist das Vorgehen von v. Bar zu erklären, wenn er sagt: Objektive Bedingung der Strafbarkeit könne nur das sein, was von der Willensschuld des Täters nicht umfaßt wird.[7]) „Ein noch so unsicherer Erfolg, aber auch ein Tatumstand, dessen Verkennung durch den Handelnden bei der Vornahme seiner Handlung Fahrlässigkeit begründet, also zur Schuld angerechnet wird, kann nicht als Bedingung der Strafbarkeit angesehen werden, wenn dieser Begriff von dem allgemeinen Begriff des Tatbestandsmoments gesondert werden soll." Die Ausscheidung aus dem Schuldzusammenhang ist gerade die Wirkung der Tatsache, daß ein Umstand Bedingung der Strafbarkeit ist. Wann ein solcher Umstand aber Bedingung der Strafbarkeit ist, und wann er Tatbestandsmerkmal ist, muß nach seiner sachlichen Beschaffenheit entschieden werden. Aehnlich definiert auch Baumgarten: [8]) „Unser Strafgesetzbuch kennt gewisse Bedingungen der Strafbarkeit, auf welche sich der Vorsatz nicht zu beziehen hat, sodaß sie nicht zum Tatbestand gehören, und welche auch sonst in keine der genannten Kategorien von Verbrechensmerkmalen passen wollen. Wir nennen sie objektive Bedingungen der Strafbarkeit." Allerdings kommt er dann unserer Problemstellung näher, wenn er fortfährt: [9]) „. . . wir haben von objektiven Bedingungen geredet, weil alle anderen Bedingungen entweder direkte psychische Vorgänge oder solche äußere Vorgänge darstellen, welche mit der Innerlichkeit des Täters in Beziehung stehen müssen." Mandel [10]) schenkt der Unterscheidung zwischen objektiven Strafbarkeitsbedingungen und Tatbestandsmerkmalen wenig Beachtung. Er faßt den Begriff der objektiven Bedingungen bedeutend enger, als es sonst in der Literatur geschieht. „In zeitlicher Hinsicht ist der äußeren Bedingung der Strafbarkeit eine Beschränkung oder Fixierung auf einen bestimmten Zeitpunkt fremd . . . . ." „Aeußere Bedingung der Strafbarkeit ist ein nicht zum Tatbestand gehöriger, als Erfolg von dessen Verwirklichung denkbarer, im Strafgesetzbuch aufgenommener Umstand, mit dessen jederzeit möglichem Eintritt dem Staat das Recht entsteht, die in diesem Strafgesetz auf die schuldhaft rechtswidrige Tatbestandsverwirklichung angedrohte Strafe zur Anwendugn zu bringen." Hiergegen wendet sich mit Recht Kriesmann,[11]) indem er an den Ausführungen Mandels rügt, daß nur

[7]) a. a. O S. 17—18.
[8]) Der Aufbau der Verbrechenslehre S. 191.
[9]) ebenda S. 267.
[10]) Die sogenannten äußeren Bedingungen der Strafbarkeit im geltenden Recht und nach dem Vorentwurf 1912 S. 59 ff.
[11]) Zeitschrift f. d. ges. Rechtswissenschaft Bd. 34 S. 759.

ein Teil der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit behandelt wird, aber nicht alle. Daß die objektiven Bedingungen im einzelnen bedeutende Unterscheide aufweisen, berechtigt nicht zu einer besonderen Unterscheidung untereinander; denn die rechtliche Behandlung aller objektiven Bedingungen ist gleich. „Diese simple Wahrheit hat der Verfasser der vorliegenden Schrift (Mandel) verkannt. Er will nur in den Fällen von einer äußeren Bedingung sprechen, wo nach dem Gesetz dem bedingenden Moment eine Einschränkung in zeitlicher Hinsicht oder eine Fixierung auf einen bestimmten Zeitpunkt fremd ist, und stellt insofern die Bedingungen der §§ 210, 227, 239 StGB. im Gegensatz zu den Momenten, von denen in den §§ 4, 102, 103 die Strafbarkeit abhängig gemacht ist: Hier muß die Gegenseitigkeit schon zur Zeit des Delikts verbürgt sein, während z. B. beim Raufhandel es bekanntlich gleichgültig ist, ob die in dem § 227 StGB. geforderte Tötung oder Körperverletzung vor, während oder nach der inkriminierten Beleidigungshandlung eintritt. Der Unterschied ist zuzugeben, aber er ist ohne alle rechtliche Konsequenz." [12])

Merkel [13]) berührt die Frage sehr kurz, indem er feststellt, daß von den Tatbestandsmerkmalen „außerhalb der Tat selbst liegenden Bedingungen der Strafbarkeit" zu trennen sind. Auch Schwarz [14]) erwähnt bloß die Tatsache, daß die objektiven Bedingungen nicht zum Tatbestand gehören, ohne den Beweis hierfür anzutreten. „Ebenso stehen außerhalb des Tatbestandes diejenigen äußeren Umstände, von deren Vorhandensein das Gesetz, obgleich der gesamte subjektive wie objektive Tatbestand vorliegt, die Existenz einer strafbaren Handlung abhängig macht."

Eine in sich geschlossene Erklärung dafür, daß nicht der ganze Sachverhalt vom Verschulden des Täters umspannt sein muß, könnte Bindings Normen-Theorie bieten.[15]) Die Mehrzahl der Strafrechtsätze zerfällt nach ihm in zwei Teile: Erstens in eine Mahnung an alle Rechtsunterworfenen, ein Gebot oder Verbot, eine Rechtswidrigkeitserklärung, auch Norm genannt; zweitens in den eigentlichen Strafrechtssatz. Der Gesetzgeber bedient sich allerdings einer Breviloquenz, wenn er, statt zu sagen: Ich verbiete und bedrohe mit Strafe sich auf die Strafandrohung beschränkt.

Seit Bindings haben wir uns daran gewöhnt, das Gebot oder Verbot als Norm zu bezeichnen. Die Strafgesetze enthalten neben den Normenwidrigkeitsmerkmalen meist noch normenfremde Bestandteile. Diese nennt Binding teils Straf-

[12]) Zeitschr f. d. ges. Rechtswissenschaft Bd. 34 S. 44.
[13]) Verbrechen und Strafe 1912 S. 44.
[14]) Kommentar zum Strafgesetzbuch 1915 § 59, Nr. 7.
[15]) Binding: Normen IV S. 1.

barkeitsmerkmale, teils anderweitige Bedingungen der Strafbarkeit, ohne daß er allerdings den Grund für die Zweiteilung genau bestimmt. Da Binding in der Normalverletzung das Wesen des Verbrechens erblickt, braucht nach ihm das subjektive Verschulden sich nicht auf die Strafbarkeitsmerkmale zu erstrecken.

Leider ist aber die Theorie Bindings praktisch nicht durchführbar. Da die Norm nicht ausdrücklich bestimmt ist, großer Zweifel über ihre Zahl und Abgrenzung besteht, kann man sie nicht klar herausarbeiten. „Binding und seine Anhänger haben es unterlassen, den Katalog der Normen herauszuarbeiten. Daher die wissenschaftliche Unbrauchbarkeit der Normentheorie".[16]) Denn erst aus dem Vergleich zwischen Norm und Strafgesetz könnte man diejenigen Momente der Tat finden, die für das subjektive Verschulden irrelevant sind.

Auch der Satz, daß die Schuld sich nur auf die Normenwidrigkeitsmerkmale zu erstrecken habe, ist unhaltbar. Gibt doch Binding selbst zu, daß bei den Strafbarkeitsmerkmalen nur zum Teil das rein subjektive Vorliegen genügt.[17]) So ist im § 215 die Eigenschaft des Getöteten als Verwandter Strafbarkeitsmerkmal, das aber der Täter kennen muß. Das sieht auch Binding und dehnt daher hier das Gebiet des Vorsatzes über die Normenwidrigkeitsmerkmale hinaus, ohne daß er allerdings eingestehen will und kann. Denn sonst fällt sein ganzes wissenschaftliches Lehrgebäude.

Auf ähnlichen Voraussetzungen wie Binding baut Köhler auf, wenn er sagt: „Bedingungen der Strafbarkeit sind Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes (im weiteren Sinne), die der schuldhaft rechtswidrigen Tat (Delikt) erst den Charakter der strafbaren geben, aber von der Schuld des Täters nicht umspannt sein brauchen. Anders ausgedrückt: Sie machen den bedingten Strafanspruch erst zu einem fälligen" [18])

M. E. Mayer [19]) versteht unter Bedingungen der Strafbarkeit gewisse Beziehungen der Handlung, die positiv nicht gekennzeichnet werden können und von denen er negativ feststellt, daß es sich nicht um eine Beziehung zu Raum und Zeit, zum Subjekt und Objekt handele. Diese Beziehungen seien nicht samt und sonders Elemente des gesetzlichen Tatbestandes. „Die genannten Handlungen sind zwar alle Strafvoraussetzungen, aber — anders als die Modalität der Handlung — nicht samt und sonders Elemente des gesetzlichen Tatbestands. Diese besondere Gruppe ist in positiver Hinsicht einer genauen Kennzeichnung nicht zugänglich; es ist

[16]) v. Liszt-Schmitt, Strafrecht S. 110.
[17]) Binding, Normen III S. 186 — Psychologische Höhenmarken.
[18]) Köhler, Deutsches Strafrecht 1917 S. 418.
[19]) M. E. Mayer, Deutsches Strafrecht, allgem. Teil S. 100.

aber üblich, sie durch einen besonderen Namen von den Strafvoraussetzungen zu scheiden; man nennt sie Bedingungen der Strafbarkeit... Daß sie aber nur einen Namen und keine Art haben, hat seinen guten Grund darin, daß bloß ihre negative Seite, die Nicht-Zugehörigkeit zum Tatbestand wesentlich ist. (Hauptsächlich im Hinblick auf § 59.)" Damit verzichtet M. E. Mayer auf jede Erklärung. Es bleibt unklar, was alles zum Tatbestand gehört und was nicht. Scheinbar ist Mayer der Ansicht, daß der Tatbestand nur die Tat zu umfassen habe.

Beling [20]) hat den formellen Gegensatz zwischen objektiven Bedingungen der Strafbarkeit (er nennt sie Strafdrohungsbedingungen) und den Tatbestandsmerkmalen klarer herausgearbeitet. Leider lag es nicht im Wesen seiner Untersuchung, die innere Wesensverschiedenheit dieser Verbrechensvoraussetzungen weiter zu verfolgen. „Ob ein Umstand dem Tatbestande als zu ihm gehöriges Element zuzuweisen ist, oder bloß (tatbstandsfremde) Strafdrohungsbedingung ist, wird oft zweifelhaft sein können. (Vergl. z. B. die Konkurseröffnung beim Bankerott.) Der Zweifel muß durch Auslegung auf der Grundlage des betreffenden Strafgesetzes beseitigt werden. Im allgemeinen wird man davon ausgehen können, daß Umstände, die mit dem täterischen Verhalten nur in lockerem Zusammenhang stehen, nicht vor der Handlung liegen und für sich allein außerhalb der strafrechtlichen Sphäre liegende Vorkommnisse darstellen — wie zum Beispiel die Zahlungseinstellung, die Konkurseröffnung —, tatbestandsfremd sind. Denn für den Tatbestand bildet das Verhalten des Täters, das ja durch jenen nähere Umreißung erfährt, den Schwerpunkt; was in einer gewissen Entfernung von diesem Verhalten liegt, hebt sich deutlich als etwas Besonderes ab. Speziell für die Folgen der Handlung wird ihr engerer und lockerer Konnex mit dieser von Bedeutung sein. Der Erfolg kann gerade so gut Tatbestandsmerkmal sein wie Strafdrohungsbestimmung, es kommt nur darauf an, ob er dem Verbrechensbild als solchem wesentlich ist oder nur den äußeren Rahmen dafür abgibt..."

Hegler [21]) sieht die eigentlichen Grundmerkmale des Verbrechens in einem „gesellschaftsschändlichen Verhalten". Die objektiven Bedingungen liegen nach ihm außerhalb des sozialschädlichen Verhaltens. In dieser Hinsicht baut er auf ähnlicher Grundlage auf wie Rittler, und wir kommen daher erst im folgenden darauf zurück. Aber gegen seine Dreiteilung der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit gilt dasselbe wie

[20]) Lehre vom Verbrechen S. 59.

[21]) Zeitschrift für die ges. Rechtswissenschaft Bd. 36 S. 223, insbes. S. 226.

gegen Mandel. Hegler unterscheidet objektive Bedingungen der Strafbarkeit: Erstens als Kennzeichen des Vorliegens wirklich bedeutsamer Interessenverletzungen; zweitens als Merkmal inländischer Reaktion bei Verletzung ausländischer Interessen; drittens als Kennzeichen für das Nichtvorliegen schützenswerter Privatinteressen gegen die Verfolgung. Die Unterscheidung ist, weil für die juristische Behandlung unbeachtlich, unnötig. Zudem werden Strafbarkeitsbedingungen und Bedingungen der Strafverfolgung nicht scharf genug getrennt.

Rittler [22]) sucht die Wesensverschiedenheit noch schärfer herauszuarbeiten. Systematisch, wie wohl keiner vor ihm, geht er vom Schuldgrundsatz aus. „Warum bestraft das moderne Recht die Tat nicht an sich, sondern nur, wenn der Täter auch seelisch an ihr Anteil hat? ... Das Recht fordert deshalb eine seelische Relation zur Tat ..., weil nur unter diesen Voraussetzungen sich der Täter seines Widerspruchs mit der Rechtsordnung bewußt werden konnte." Aber nicht wie Binding verlangt Rittler, daß der Täter sich der Normenwidrigkeit bewußt war, weil die Norm in sehr verschiedenem Umfang verletzt werden könne. „Es ist etwas anderes, wenn der Täter Spielmarken und wenn er Goldstücke entwendet, etwas anderes, wenn jemand einen Fremden oder den leiblichen Vater erschlägt. Doch handelt es sich hier wie dort um die gleiche Rechtswidrigkeit, um die Verletzung der nämlichen Norm im Sinne Bindings". Daher fordert Rittler: „Man hat demnach eine psychische Relation des Täters zu allen Momenten der Tat — freilich nur zu den Momenten objektiver Natur. Die Tatumstände subjektiver Natur wirken an sich durch ihr Gegebensein, brauchen nicht wieder von Vorsatz und Fahrlässigkeit umfaßt zu sein —, zu verlangen, die für deren Verwerflichkeit — an sich oder dem Grunde nach — entscheiden, die zu deren Charakter als Uebel beitragen." Rittler selbst äußert Zweifel, ob dies nicht bei allen Voraussetzungen der Strafbarkeit der Fall ist. „Wenn der Gesetzgeber bestimmte Merkmale als Voraussetzungen der Strafbarkeit erklärt, tut er es nicht deshalb, weil sie ihre Gesamtheit und bei ihrem Zusammentreffen das Verhalten des Täters als Missetat charakterisiert? Fügt nicht jedes Wort des Strafgesetzes einen Strich zum Verbrechensbilde, gibt kräftigere Farben, hebt einen Schatten hervor oder setzt ein Licht auf?" [23]) Damit hebt Rittler gerade das Grundproblem hervor, das wir noch später berühren werden, die Grundfrage: Was ist der Tatbestand? Leider geht er zu wenig auf diese Frage ein, deren Beantwortung einer Klärung unseres Pro-

[22]) Oesterr. Zeitschr. für Strafrecht Bd. 8 S. 331.
[23]) Rittler, Oesterr. Zeitschr. für Strafrecht Bd. 8 S. 232/33.

blems unbedingt förderlich ist. Fährt er doch fort: „Im allgemeinen gewiß, aber nicht immer. Zuweilen stellt das Gesetz Erfordernisse auf, die auf die Wertung der Tat ohne Einfluß sind, die nichts zu deren Schwere hinzutun und nichts hinwegnehmen, die der Gesetzgeber aus Erwägungen anderer Art hinzugefügt hat. So aus Bedachtnahme auf internationale Beziehungen, aus Rücksicht des leichteren Beweises. Der Gesetzgeber geht so vor, entweder, weil es ihm nicht gelingt, die Momente, welche die Straflosigkeit des Verhaltens des Täters ausmachen, klar herauszuarbeiten und zu vertatbestandlichen, oder weil er die Feststellung der Strafbarkeitsmomente, die er allerdings richtig erkennt, nicht dem Richter und desser freier Ueberzeugung überlassen, weil er diesen dabei leiten will, weil er namentlich Bedenken hegt, den Richter über die Verwirklichung weiter, abstrakter, vager Begriffe urteilen zu lassen, weil er diesem lieber die Würdigung eines bestimmten konkreten greifbaren Sachverhalts unterbreitet." Ob der Richter nach anderen Gesichtspunkten urteilen darf, als nach dem gesetzlichen Tatbestand, ob der Täter strafbar ist oder nicht, ist doch sehr fraglich. Wenn Rittler einerseits diese Strafbarkeitsmomente nicht zum Tatbestand rechnet, andererseits dem Richter durch die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit eine Anweisung unterbreitet werden soll, wann Strafe eintreten soll und wann nicht, so kann es sich doch nur um einen Faktor des gesetzlichen Tatbestandes oder um eine strafprozessuale Vorschrift handeln. Aber für Rittler ist es weder das eine noch das andere. „Zuweilen kommt es vor, daß der Gesetzgeber nicht alle strafwürdigen Fälle bestimmter Art unter Strafe stellt, sondern daß er Einschränkungen macht, die vom rationalistischen Standpunkt unbegründet sind, die sich aus wahren Billigkeitserwägungen oder aus der geschichtlichen Entwicklung bestimmter Deliktsbegriffe oder aus der Tatsache erklären lassen, daß der Gesetzgeber lediglich die typische Begehungsform erfassen will, indem er überall an das Leben anknüpft".[24]) Zusammenfassend bemerkt Rittler[25]): „Objektive Bedingung kann nur sein, was auf die Verwerflichkeit der Tat ohne Einfluß ist. Zu allen Umständen des äußeren Ereignisses, die dessen Strafwürdigkeit berühren, muß der Täter auch innerlich in Beziehung stehen; diese Umstände sind demnach in den Tatbestand einzubeziehen." Damit engt Rittler das Gebiet der objektiven Bedingungen sehr ein. Ist doch der Erfolg einer Handlung für den Gesetzgeber (ob gewollt oder ungewollt) manchmal der Gradmesser für die Verwerflichkeit der Handlung. so z. B. bei den Bedingungen erhöhter Strafbarkeit. Zudem ist es fraglich, ob wir nach

[24]) Rittler, Oesterr. Zeitschr. für Strafrecht Bd. 8 S. 334.
[25]) derselbe S. 346.

dem Grundsatz der Schuldhaftung darüber entscheiden dürfen, ob etwas zum gesetzlichen Tatbestand gehört oder nicht. Ist doch der Ausdruck „gesetzlicher Tatbestand" nicht nur eine Terminologie des Strafrechts. Oder hat das Wort „Tatbestand" im Strafrecht etwa eine andere Bedeutung als in anderen Rechtsdisziplinen? Frank[26]) führt aus: „Der Begriff des Tatbestandes ist für alle Rechtsgebiete von Bedeutung und gehört daher der allgemeinen Rechtslehre an. Man versteht darunter die Summe der Tatsachen, an die sich eine Rechtsfolge knüpft. So gibt es im bürgerlichen Recht einen Tatbestand des Kaufes. Im Kirchenrecht einen Tatbestand der Sedisvakanz, im Strafrecht einen Tatbestand des Verbrechens." Besser wäre es allerdings, im letzteren Falle von einem Tatbestand des Diebstahls usw. zu sprechen, da auch bei den anderen Beispielen von bestimmten Einzeltatbeständen ausgegangen wird.

Bevor wir uns zur eigentlichen Begründung wenden, wollen wir noch kurz die Stellung der Literatur anführen, die ebenfalls die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit nicht zum Tatbestand rechnet. Frank,[27]) der — wie schon vorher bemerkt — in seinen älteren Auflagen sich der Ansicht Blumes angeschlossen hatte, vertritt heute, wenn auch mit Einschränkungen, mehr die Ansicht Rittlers. Frank[28]) definiert: „In einzelnen Fällen erklärt das Gesetz eine rechtswidrige Handlung auch bei schuldhafter Verübung nur dann für strafbar, wenn zu ihrem Tatbestand ein besonderer Umstand hinzutritt, z B. in den §§ 102, 103 StGB. die Verbürgung der Gegenseitigkeit. In derartigen Fällen spricht man von einer Bedingung der Strafbarkeit und versteht darunter solche außerhalb des Tatbestandes liegende Umstände, welche die Strafbarkeit der Handlung bedingen. Ob ein solcher Umstand zum Tatbestand gehört oder nicht, kann zweifelhaft sein . . . Der Hauptgesichtspunkt wird stets sein, daß die Tatbestände der Sache nach Definitionen des Delikts sind. Hängt also die Strafbarkeit außer von der Erfüllung des Deliktsbegriffs noch von einem weiteren Umstand ab, so ist dieser eine Bedingung der Strafbarkeit. Freilich kann man sich darüber streiten, was zum Begriff des Delikts gehört."

v. Liszt-Schmitt erläutert die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit:[29]) „In einer Reihe von Fällen hat der Gesetzgeber die Strafdrohung abhängig gemacht vom Vorliegen äußerer, von der tatbestandsmäßigen Handlung selbst unabhängiger, zu ihr hinzutretender Umstände (Bedingungen der

---

[26]) Strafgesetzbuch S. 8.
[27]) Strafgesetzbuch S. 140.
[28]) Strafgesetzbuch S. 140.
[29]) v. Liszt-Schmitt, Strafrecht S. 280.

Strafbarkeit) . . . Alle diese Bedingungen sind äußere Umstände, die mit der verbrecherischen Handlung selbst und deren Bestandteile nichts zu tun haben, vielmehr getrennt von diesem ins Auge gefaßt werden müssen."

Wenn man zum gesetzlichen Tatbestand nur die verbrecherische Handlung rechnet, so ist es allerdings richtig, daß die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit nicht zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Aber inwieweit man zu dieser Annahme berechtigt ist, werden wir im folgenden erörtern.

2. Was bedeutet „Tatbestand"?

Es widerspricht dem Grundsatz der Schuldhaftung zweifellos, daß der Irrtum des Täters über die Verbürgung der Gegenseitigkeit im § 102 StGB. ihn straflos machen soll. Es herrscht wohl Übereinstimmung darüber, daß das Strafgesetzbuch das subjektive Verschulden nur recht kurz behandelt hat und es im übrigen der Wissenschaft überließ, diesen Begriff weiter auszubauen. Aber die Schranken liegen in § 59 StGB. Sollen nun die objektiven Bedingungen, jene Umstände der Tat, die mit der Handlung nur in lockerem Zusammenhang stehen, nicht vom Verschulden des Täters umfaßt werden, so kann dies nur durch Interpretation zweier Begriffe des § 59 StGB. geschehen. Der „Tatumstände" und des „gesetzlichen Tatbestandes" in Anlehnung an die Auffassung der angeführten Literatur werden wir zunächst die Frage berühren: Was versteht man unter „gesetzlichem Tatbestand"?

Um in die Problematik des Begriffes Tatbestandes einzuführen, sei es gestattet, zunächst verschiedene Autoren wörtlich anzuführen und erst später eine Bewertung anzuschließen.

M. E. Meyer [30]) definiert die Tatbestandsmäßigkeit: „Im ersten Teile der Strafrechtsätze wird eine Handlung beschrieben, freilich nicht in anschaulicher Breite, sondern in begrifflicher Schärfe. Dieses Gebilde nennt man abstrakten oder besser gesetzlichen Tatbestand. Als Zusammenstellung derjenigen begrifflichen Merkmale, aus denen die Tat bestehen muß, um strafbar zu sein, unterscheiden sich der gesetzliche vom faktischen, der abstrakte vom konkreten Tatbestand. Jede Begebenheit, die sich in Raum und Zeit abspielt, ist, sofern sie Menschenwerk ist, ein faktischer Tatbestand, z. B. ein Gespräch, eine Reise, ein Bombenattentat; ein Erdbeben ist keine Tat und daher kein Tatbestand . . ." [31]) Wie jede Tat zwei Seiten hat, so hat auch der gesetzliche Tatbestand zwei Teile: Merkmale, deren Verwirklichung in der Außenwelt vor sich gehen, also sinnlich wahrnehmbar sind, Merkmale, die

[30]) Strafgesetzbuch, allgemeiner Teil S. 3.
[31]) Allgemeiner Teil S. 7.

sich in der Innenwelt des Täters verwirklichen, also nur durch sein Geständnis oder durch Deutung seines Verhaltens erschlossen werden können."

Nach Köhler [32]) bedeutet Tatbestand gegenwärtig „im technischen Sinne (vgl. § 59 StGB. § 266 StPO.) die Gesamtheit der Merkmale, welche zu einem verpönten Verhalten gehören. Anders ausgedrückt: Die Bezeichnung der normenwidrigen Handlung, die bestraft werden soll."

Allfeld [33]) führt aus: „Der Ausdruck „Tatbestand" kann zwar (entsprechend dem privatrechtlichen Sprachgebrauch) auch für die Gesamtheit der Voraussetzungen der Strafbarkeit gebraucht werden, im engeren und eigentlichen Sinn aber ist Tatbestand die unter Strafe gestellte Handlung, und zwar der Inbegriff ihrer Bestandteile und Merkmale und der zu ihrer Strafbarkeit an sich erforderliche Erfolg."

Nach dem Leipziger Kommentar ist der gesetzliche Tatbestand „ein abstraktes begriffliches Gebilde . . ., das diejenigen Merkmale einer Handlung angibt, die unter ein Gebot oder Verbot, das mit Strafe bedroht ist, fallen . . . Die konkrete Handlung muß dann dem begrifflichen Gebilde, an die die Strafdrohung geknüpft ist, entsprechen, tatbestandsmäßig sein."

Nach v. Liszt-Schmitt [34]) beschreibt der Gesetzgeber in den strafrechtlichen Tatbeständen Unrechtstypen, die ihm strafwürdig erscheinen. Damit gelangen wir zu dem heiß umstrittenen Gebiete des Verhältnisses von Tatbestand zur Rechtswidrigkeit. Zur Klärung unserer Frage werden wir kurz den Standpunkt von sechs Haupttheorien anführen.

1. Die Normentheorie: Für eine Theorie, die das Recht des Staates auf Gehorsam zum Kernpunkt seiner Deliktslehre macht, ist die Aufstellung eines Tatbestandsbegriffes, der nur das äußere Geschehen erfaßt, ohne die Charakterisierung, daß der Norm zuwidergehandelt ist, kaum begreiflich; denn Rechtswidrigkeit ist der Kern aller Tatbestandsmäßigkeit.[35])

2. Bei Merkel [36]) steht die Schuld im Vordergrund. Ein nicht schuldhaftes menschliches Verhalten ist für ihn Zufall, also für die Rechtsordnung unbeachtlich. Der Kernpunkt seiner Verbrechenslehre ist die psychische Tatsache.

3. Baumgarten. Umgekehrt wie bei Bindung spielt die Rechtswidrigkeit bei Baumgarten neben der Tatbestandsmäßigkeit keine Rolle. Das wird verständlich, wenn man den Tatbestandsbegriff so weit faßt, daß er alle anderen Verbrechensmerkmale in sich faßt.

---

[32]) Deutsches Strafrecht S. 89.
[33]) Deutsches Strafrecht S. 98.
[34]) Strafrecht S. 175.
[35]) Binding, Normen Bd. II, 1 S. 161, 230, 231.
[36]) Kriminalist. Abhandlungen S. 33 ff.

4. v. Liszt, Beling, M. E. Mayer. Hier wird von der äußeren sinnfälligen Tatsache der Handlung aus gegangen. Dann erst folgt das rechtliche Werturteil und hieran anschließend die Frage der Zurechenbarkeit. Das System ist von v. Liszt gefunden. Beling [37]) hat es ausgearbeitet und M. E. Mayer übernommen. Charakteristisch ist hierbei die Scheidung in die Fragestellung, ob ein tatbestandsmäßiges Handeln vorliegt, und ob dieses Verhalten rechtswidrig ist. Nach Beling [38]) ist rechtswidrig, „was dem Rechte nicht entspricht, es mag noch so sehr abseiten aller Kulturwidrigkeiten stehen, und was kulturwidrig usw. ist, ist darum noch nicht rechtswidrig und strafbar. Nur am Recht kann die Bedeutung des Tuns ermessen werden, nicht an den überdies subjektiver Auffassung völlig preisgegebenen Maßstäben der Kultur."

v. Liszt [39]) trennt die Rechtswidrigkeit zuerst in eine formelle und materielle. Nach ihm ist formell rechtswidrig die Handlung als Uebertretung einer staatlichen Norm, eines Gebots oder Verbots der Rechtsordnung, materiell rechtswidrig ein asoziales Verhalten. Auf die Kulturnormtheorie von M. E. Mayer kommen wir weiter unten zu sprechen.

5. Graf Dohna [40]) hat gegenüber dem starren Positivismus darauf hingewiesen, daß mit der Tatbestandsmäßigkeit im Strafrecht noch lange nicht alles gesagt ist. Er geht daher von der Rechtswidrigkeit aus, also umgekehrt wie die herrschende Lehre. Nach ihm ist „rechswidrig ein solches unrichtiges Verhalten, welches außerdem den besonderen Tatbestand eines Deliktes erfüllt." Er baut auf dem erkenntnisthoretischen Kritizismus Stammlers auf. In erster Linie muß man nach Graf Dohna prüfen, ob ein materiell unrichtiges Verhalten vorliegt, bevor man der Frage näher tritt, ob ein Tatbestand verwirklicht worden ist. Die Richtigkeit des Handelns bestimmte er nach der formalen Maxime des „rechten Mittels zum rechten Zweck", wobei dieser ein soziologisches Ideal ist. An die Gesetze geht er „mit dem begründeten Vertrauen heran", daß sie das „richtige Mittel zum richtigen Zwecke" sind. Aber selbst, wenn der eindeutige Wille des Gesetzgebers diesen Weg nicht nimmt, erkennt er die Gebundenheit des Untertanen an das unrichtige Recht an. An der Lehre Dohnas bemängelt Sauer die Beurteilung juristischer Einzelfragen nach einem absoluten Wert, dem sozialen Ideal. Da diese obersten Grundsätze weltfern seien, bezweifelt er die praktische Verwendbarkeit der Dohnaschen Lehre.[41])

---

[37]) Lehre vom Verbrechen S. 145 ff.
[38]) Lehre vom Verbrechen S. 36.
[39]) Strafrecht 13.—14. Auflage S. 140.
[40]) Die Rechtswidrigkeit 1905 S. 52.
[41]) Sauer, Grundlagen des Strafrechtes S. 242 Anm. 1.

6. Sauer will auch nicht bei dem Satz stehen bleiben: Rechtswidrigkeit sei Widerspruch mit dem formalen Recht. Aber er trennt die Frage, welches das Wesen der Rechtswidrigkeit sei, von der anderen, ob die so erkannte Rechtswidrigkeit ein tauglicher Maßstab sei.[42]) Nach ihm ist rechtswidrig „ein Verhalten, das nach seiner allgemeinen Tendenz dem Staat und seinen Gliedern mehr schadet als nützt.“ [43]) Dabei verkennt Sauer nicht,[44]) daß dieser Begriff praktisch nur in Ausnahmefällen, wenn nämlich der Wille des Gesetzgebers nicht eindeutig ist, Bedeutung gewinnt. Heinitz [45]) macht gegen Sauer geltend, daß das Recht nur als Kulturerscheinung begriffen werden kann, daß die herrschenden kulturellen Anschauungen den Charakter des Rechts bestimmen. Er schließt sich damit der Kulturnormentheorie von M. E. Mayer an.[46]) Die Gesetzeslücken sollen nach den herrschenden Kulturanschauungen ergänzt werden und nicht nach einem subjektiven Wertmaßstab des Richters. Aber Heinitz [47]) gibt selbst zu: „Der Eindruck des völlig Unbestimmten und Unbestimmbaren mußte durch die äußerst weit gefaßte Mayersche Definition noch verstärkt werden. So verstehen sich die Einwände, es lasse M. E. Mayer einen da im Stich, wo man sich frage, welches in concreto der Inhalt des Kulturgebotes sei, es sei die Gleichung Pflichtwidrigkeit gleich Kulturwidrigkeit eine Gleichung mit zwei Unbekannten, noch sei keine Zusammenstellung eines derartigen eigentümlichen Kodex unternommen worden.“ Ferner erkennt Heinitz an, daß keine andere Realdefinition der Rechtswidrigkeit gegeben werden könne, als die von Sauer [48]): „In der Tat wird eine Realdefinition der Rechtswidrigkeit nicht anders gegeben werden können als unter Absehung vom staatlichen Willen durch Bezugnahme desjenigen Charakters der Handlung, um deren Willen der Gesetzgeber sie verbietet, also ihres den Staat schädigenden Verhaltens.“ Zwar glaubt Heinitz, daß diese Formel keine praktische Bedeutung hat. Aber da die Kulturnormen nicht feststehen, wird man sich dieser Formel bedienen müssen in allen denjenigen Fällen, in denen der Gesetzgeber Lücken gelassen hat. Mit Sauer werden wir demnach als rechtswidrig ein Verhalten bezeichnen, das seiner allgemeinen Tendenz nach der Allgemeinheit mehr schadet als nützt. In der Regel wird aber, wie Sauer hervorhebt, ein anderer Maßstab heranzuziehen sein, nämlich der des Tatbestandes.

---

[42]) Sauer, Strafrecht S. 307.
[43]) Sauer, Strafrecht S. 286.
[44]) Sauer, Strafrecht S. 392.
[45]) Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit S. 84.
[46]) Rechtsphilosophie S. 31.
[47]) Heinitz, S. o. S. 90.
[48]) Grundlagen des Strafrechts S. 110.

Der Tatbestand ist eine im Interesse der Rechtssicherheit ergangene Anweisung an den Untertan. „Rechtssicherheit ist ein Zustand, nicht nur eine Erkenntnis des Rechtes, sondern auch der Gewißheit, daß das Recht in einer bestimmten Weise angewendet wird.“ [49])

Daher prägt der Staat die Rechtsidee in typischen Formen in den Tatbestand. „Der Tatbestand ist ein konkreter Niederschlag der Rechtswidrigkeit . . . Die Tatbestände sind nur das Abbild der Rechtwidrigkeit und zwar ein Abbild in vergröberten Zügen. Die Tatbestandsmäßigkeit bedeutet die typisch ausgestaltete Rechtswidrigkeit, sie ist vertypte Rechtswidrigkeit.“ Aus dieser Erkenntnis heraus ergibt sich folgendes Bild: Der abstrakte oder gesetzliche Tatbestand ist nach der Rechtswidrigkeit, also nach oben hin, konkret, dem Leben gegenüber abstrakt. So steht denn der gesetzliche Tatbestand zwischen Rechtswidrigkeit und Sachverhalt.

Noch aus einer anderen Ueberlegung ist der Sauersche Tatbestandsbegriff zu rechtfertigen. Oft finden wir den Begriff des Tatbestandes im Sinne von Voraussetzungen der Rechtsfolge verwendet.[50]) Die schwere Rechtsfolge im Strafrecht ist nur erklärbar, wenn man annimmt, daß in der Voraussetzung für die Strafe bereits eine Mißbilligung liegt, mit anderen Worten, daß in der Tatbestandsmäßigkeit regelmäßig die Rechtswidrigkeit ausgedrückt ist. Braucht doch in der Regel positiv gesetzlich nichts zum Tatbestand hinzuzutreten, um die schwere Rechtsfolge auszulösen.

Wir schließen uns der Sauerschen Definition des Tatbestandes an:

Der Tatbestand ist die typisierte Rechtswidrigkeit.

Gehören nun die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit zum Tatbestand?

Auf den ersten Blick hin stehen die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, z. B. die Verbürgung der Gegenseitigkeit bei feindlichen Handlungen gegen befreundete Staaten, mit der deliktischen Handlung selbst scheinbar nicht in innerem Zusammenhang, sondern sie treten gewissermaßen von außen an sie heran. Es ist daher zweifelhaft, ob wegen dieser Weite des Abstandes von Handlung und Schuld, von Tat und Täter, sie überhaupt noch zum Tatbestand gehören, dem dann nur noch die eigentlichen Deliktsmerkmale innewohnen. Rittler [51]) führt aus: „Wenn der Gesetzgeber bestimmte Merkmale als Voraussetzungen der Strafbarkeit erklärt, tut er das

[49]) Grundlagen des Strafrechts S. 296.
[50]) Gerland, Grundr. des Strafrechts S. 52; Radbruch, Handlungsbegriff S. 21; Stein, Kommentar z. ZPO. 1913 Anm. 1 vor § 253.
[51]) a. a O. S. 332.

nicht deshalb, weil sie in ihrer Gesamtheit und bei ihrem Zusammentreffen das Verhalten des Täters als Missetat charakterisiert?" Im allgemeinen sicher, zuweilen stellt der Gesetzgeber Erfordernisse auf, die mit dem verbrecherischen Willen nichts mehr gemeinsam haben, die die asoziale Willensrichtung des Täters wenig berühren. Aber erst beim Vorliegen dieser Erfordernisse sieht der Gesetzgeber sich zum strafrechtlichen Einschreiten verpflichtet. Erst die objektiven Bedingungen „legen den Schlußstein, um dem Tatbestand den Charakter der besonderen Schwere des Unrechts zu verleihen. Ohne sie würde der Tatbestand in den Augen des Gesetzgebers noch nicht voll strafwürdig sein, hätte der Staat kein Interesse an der Bestrafung der schuldhaften Handlung jedenfalls nicht in solchem Masse."[52]) Beim Fehlen der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit tragen die Handlungen meist verwaltungs-, polizei- oder privatrechtliche Rechtswidrigkeit, aber nicht strafrechtliche.[53])

Hierin unterscheiden sich die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit von den objektiven Bedingungen erhöhter Strafbarkeit. Ist doch bei Fehlen der Letzteren schon ein strafrechtlicher Tatbestand erfüllt. „So bedeuten die äußeren Bedingungen der Strafbarkeit geradezu eine Vertypung der besonderen Schädlichkeit für das Gesamtwohl oder genauer die Vertypung des Restes, der den übrigen von der Schuld zu umfassenden Tatbestandsmerkmalen noch fehlt, damit die Tat in diesem Maße strafwürdig ist. Sie sind typische Ausgestaltungen der spezifischen Schädlichkeit für das öffentliche Interesse oder für ein privates oder fremdstaatliches Interesse, daß der Staat zu seinem eigenen macht, so daß es direkt ein öffentliches Interesse darstellt." [54])

Demnach sind die objektiven Bedingungen ein Teil des gesetzlichen Tatbestandes. Dies ergibt sich aus dem Verhältnis des Tatbestandes zur Rechtswidrigkeit. Denn die besondere Schwere des Unrechts, die besondere Schädlichkeit für die Allgemeinheit, sind Kriterien, nach denen die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit aufgestellt wurden. Und dieselben Kriterien waren bei der Aufstellung des gesetzlichen Tatbestandes maßgebend.

3. Was bedeutet „Tatumstand"?

Wenn trotzdem die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit nicht vom Verschulden des Täters umfaßt werden brauchen, so kann dies nur durch Auslegung des Begriffes

[52]) Sauer, Grundlagen des Strafrechts S. 359.
[53]) So auch: Sauer, Grundlagen des Strafrechts S. 363; Frank zu K.O., § 239 Anm. 5; Mandel S. 28.
[54]) Grundlagen des Strafrechts S. 359.

„Tatumstände" mit den gesetzlichen Bestimmungen des § 59 in Einklang gebracht werden.

Baumgarten [55]) führt aus: „Soll eine Handlung dem Tatbestand unterstellt sein, so muß der konkrete Lebensvorgang diesen Merkmalen subsumierbar sein. Diese konkreten realen Tatsachen sind, soweit sie sich unter die Tatbestandsmerkmale subsumieren lassen, die Tatumstände, von denen namentlich § 59 StGB. spricht. Die Tatbestandsmerkmale gehören nur der Welt der Begriffe, die Tatumstände der Welt der Tatsachen an."

Köhler [56]) zählt zu den Tatumständen:

„a) die Tatsachen der Erscheinungswelt, welche die begrifflichen Merkmale des Tatbestandes verwirklichen . . .

b) die begriffliche Bedeutung der wahrgenommenen Tatsachen, soweit ohne richtige Erkenntnis eines zum Tatbestand gehörigen Begriffes der Täter keine subjektiv-feindliche Handlung gegen das Schutzobjekt vornimmt, welches durch die bestimmte Strafandrohung vor schuldhaften Angriffen bewahrt werden sollen."

Nach M. E. Mayer [57]) sind „Tatumstände konkrete Vorgänge, Beziehungen oder Zustände. Streng genommen können solche Umstände überhaupt nicht zum gesetzlichen Tatbestand „gehören" — so der Wortlaut des § 59 StGB., — da der gesetzliche Tatbestand ein begriffliches Gebilde ist. Zum gesetzlichen Tatbestand des Diebstahls „gehört" der Begriff der Wegnahme, nicht aber irgendein tatsächliches Wegnehmen. Es kann aber nicht zweifelhaft sein, welcher Sinn mit dieser anfechtbaren Ausdrucksweise des § 59 zu verbinden ist: Der Täter muß diejenigen Tatumstände kennen, die unter die Begriffsmerkmale des Gesetzes fallen, sie sind es, auf die es ankommt, die anderen sind unwichtig."

Allgemein wird man sagen müssen, daß zu den Tatumständen alle Umstände, Beziehungen und Zustände zur Zeit der Tat zu rechnen sind. Aber hier werden die Ausführungen Rittlers [58]) bedeutungsvoll. Bei der Beurteilung der Tatumstände muß man sich nach der Idee der Schuldhaftung richten. Nur solche Tatumstände müssen vom Verschulden des Täters umfaßt sein, die in so nahem Zusammenhang mit der Tat stehen, daß ihre Kenntnis einen wesentlichen Bestandteil des verbrecherischen Willens ausmacht. Denn was wir dem Täter vorwerfen, ist die asoziale Willensbildung und deren Betätigung. Die Umstände hingegen, die nur noch im losen Zusammenhang mit diesen beiden Faktoren stehen, scheiden

---

[55]) Aufbau der Verbrechenslehre S. 112.
[56]) Strafrecht S. 292.
[57]) Allgemeiner Teil S. 262.
[58]) a. a. O. S. 331, siehe oben S. 1 der Arbeit.

aus dem Kreise des gegen den Täter erhobenen Vorwurfes aus, gehören nicht zu seinem Verschulden. „Zum Vorsatz gehört die Kenntnis der asozialen Bedeutung der Tat und in diesem Sinne eine Voraussehung der rechtlichen Tragweite des Verhaltens. Das bedeutet nicht, daß der Täter die formelle, aus dem Gesetzesparagraphen abzulesende Gesetzeswidrigkeit kennen müsse, denn eine solche Kenntnis wäre wider allein vom Juristen zu erwarten. Es genügt vielmehr die Kenntnis, daß sich eine solche Tat, wie die vom Täter vorgenommene, mit dem Zwecke des sozialen Lebens nicht verträgt, mag der Täter sie nun in seiner Sprache deswegen als unsittlich, unmoralisch, sündhaft, verboten, ungesetzlich oder sonst wie negativ bewerten.“ [59])

Die äußeren Tatumstände hingegen haben mit dem negativen Werturteil über das Verhalten des Täters wenig gemein. Sie treten zur Tat von außen heran, ohne die asoziale Psyche des Täters näher zu beleuchten und stellen sich lediglich als Unrechtsvertypung dar, für die das Verschulden irrelevant ist.

Wir definieren daher: Objektive Bedingungen der Strafbarkeit sind solche äußeren Tatumstände, die zum übrigen Tatbestand hinzutreten müssen, damit Rechtswidrigkeit in dem Maße vorliegt, daß Strafe geboten erscheint. Aber wegen ihres weiten Abstandes von der asozialen Willensbetätigung gehören sie nicht zu den engeren Tatumständen des § 59 StGB., die vom Verschulden des Täters umspannt sein müssen.

Damit weichen wir von der Ansicht Sauers ab. Er teilt die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit in zwei Kategorien: 1. Solche Umstände, die nach dem legislatorischen Motiv mit der Handlung im Zusammenhang adaequater Kausalität stehen, und 2. in solche, bei denen keinerlei Konnex mit der Handlung besteht, z. B. bei der Verbürgung der Gegenseitigkeit des § 102 StGB.[60]) „Der Täter braucht nur diejenigen Umstände zu kennen, deren Tatbestandseigenschaft sich aus der Vertypung, der Setzung der allgemeinen Tendenz auf den schädlichen Erfolg, also der Handlung des schädlichen Erfolges und der Kausalität erklären lassen; für das Schuldurteil kann die Kenntnis nur derjenigen Umstände erheblich sein, die mit dem Wollen und Handeln und mit dem voraussichtlichen Erfolg in Berührung stehen; der Vorwurf hat zum Inhalt, daß der Täter sich zu einem rechtswidrigen Verhalten entschloß, trotz Kenntnis der Rechtswidrigkeit, also der Umstände, die noch in nachweisbarer Beziehung zu seinem Verhalten stehen.“

[59]) v. Liszt-Schmitt, S. 243.
[60]) Sauer, Grundlagen des Strafrechts S. 605.

Diese Zweiteilung der objektiven Bedingungen ist aber zu verwerfen. Denn in allen Fällen ist der Zusammenhang zwischen objektiven Bedingungen der Strafbarkeit und der verbrecherischen Handlung ein sehr loser. Mag auch in einigen Fällen dieser Zusammenhang leichter denkbar sein, mag die objektive Bedingung selbst in einigen Fällen mit dem Erfolg der Handlung in adaequater Kausalität stehen, daraus ergibt sich aber noch nicht die Zugehörigkeit zum Schuldurteil. Dies ergibt sich auch aus der Betrachtung der objektiven Bedingungen erhöhter Strafbarkeit. Es ist daher nicht zufällig, daß weder die herrschende Lehre noch die Entwürfe zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch eine Zweiteilung der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit nicht aufweisen.

Während die Schuldfrage im heutigen § 59 StGB. nur kurz berührt wurde, und es im übrigen der Wissenschaft überlassen wurde, diesen Begriff auszubauen, suchen die Entwürfe, um die entstandenen Streitfragen zu beseitigen, mehr oder weniger genaue Richtlinien zu bestimmen. Es kann nun nicht im Rahmen unserer Arbeit liegen, die ganze Regelung der Schuldfrage in den Entwürfen aufzurollen. Wir werden sie nur im Verhältnis zu den objektiven Bedingungen streifen. Wie wir gesehen haben, herrschte in der Literatur dadurch Unklarheit über das Wesen der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, daß der § 59 StGB. fordert, daß der Täter alle Tatumstände kennen muß, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Der Vorentwurf von 1919 geht andere Wege. Er regelt das Schuldproblem in den §§ 58—62, indem er zunächst Schuld und Schuldform behandelt. Für uns ist der § 58 von Bedeutung: „Wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, ist nur strafbar, der entweder vorsätzlich oder fahrlässig handelt." Nach dem § 59 des Vorentwurfes von 1909 (Vorsatz und Absicht) muß der Täter alle zum gesetzlichen Tatbestand der strafbaren Handlung gehörigen tatsächlichen Umstände als nicht unwahrscheinlich vorhanden ansehen. Die Begründung[61]) zu § 58 führt aus: „An die Spitze gestellt ist die Regel, daß nur Strafe eintritt, wenn Schuld vorhanden ist. Die Regel ist nach dem heutigen Standpunkt der Wissenschaft so selbstverständlich, daß sie keiner Begründung bedarf. Sie brauchte auch um ihrer selbst willen nicht ausdrücklich festgestellt zu werden, wenn es nicht nötig wäre, auf die Zulässigkeit von Ausnahmen hinzuweisen. Solche Ausnahmen bestehen schon nach gegenwärtigem Recht. Zum Teil sind sie besonders gesetzlich ausgesprochen, indem entweder gesagt ist, daß die Strafbarkeit durch das bloße Vorliegen der vom Gesetz vorausgesetzten Tatsache begründet wird oder eine Schuldpräsumtion darstellt."

[61]) Begründung zum Vorentwurf von 1909, § 58, S. 200.

Damit sind im Vorentwurf die nach heutigem Recht bestehenden Unklarheiten nicht behoben, besonders da der Vorentwurf in den einzelnen Fällen die objektiven Bedingungen nicht so klar herausgearbeitet hat, daß ihre Nichtzugehörigkeit zur Schuld schon aus dem Gesetzestext als solchem sich einwandfrei ergäbe.

Der Gegenentwurf von 1911 behandelt unsere Frage in den §§ 20, 22, 23. In § 20 wird auch zum Vorsatz gefordert, daß der Täter sich durch das Vorhandensein der zum gesetzlichen Tatbestand der strafbaren Handlung gehörigen Tatumstände nicht von ihrer Begehung abhalten läßt. Welche Tatumstände aber zum gesetzlichen Tatbestand gehören und welche nicht, ist nicht klar herausgearbeitet. Allerdings wird für die strafausschließende Wirkung des Irrtums nur gefordert, daß der Täter sich zur Vornahme der Handlung berechtigt glaubt (§ 23). Die Unklarheiten bezüglich der Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, werden dadurch nicht behoben.

Der Kommissionsentwurf von 1913 beseitigt wieder die Annahme von dem Grundsatz: Keine Strafe ohne Schuld. Zum Vorsatz gehört nach § 17 Kommissionsentwurf von 1913 die Verwirklichung des Tatbestandes der strafbaren Handlung mit Wissen und Wollen oder auch nur das Einverständnis mit der Verwirklichung, wenn der Täter die Verwirklichung für möglich hielt. Nur der strafrechtliche Irrtum über einen zum Tatbestand gehörigen Umstand, der die Rechtswidrigkeit ausschließt, ist strafrechtlich erheblich. Allerdings bleibt unklar, was alles zum Tatbestand gehört.

Der Entwurf von 1919 bringt in seinem § 11 Abs. 2 eine Aenderung gegenüber dem § 17 des Kommissionsentwurfs von 1913, indem man hier einen Irrtum über einen Tatbestand des bürgerlichen Rechts annehmen muß, der die Rechtswidrigkeit ausschließt. Da aber der Absatz 1 des § 11 des Entwurfs von 1919 mit dem § 17 Abs. 1 des Entwurfs von 1913 übereinstimmt, bleibt im Grunde genommen dieselbe Regelung bezüglich des Verhältnisses von Schuld und objektiven Bedingungen der Strafbarkeit wie im Entwurf von 1913. Die Denkschrift zum Entwurf von 1919 [62]) führt aus: „Vereinzelt bindet der Entwurf die Strafbarkeit nicht nur an die schuldhafte Verwirklichung eines bestimmten Tatbestandes, sondern fordert überdies noch den Eintritt anderer außerhalb der Schuld liegenden Umstände, wie der Versuch oder die Vollendung des Verbrechens im Falle des § 226 (unterlassene Verbrechensanzeige), den Eintritt des Todes oder einer schweren Körperverletzung des Gefährdeten im Falle des § 291 (unterlassene Lebensrettung). In einzelnen Fällen ist die Verfolgung einer

[62]) Denkschrift zum Entwurf von 1919, § 10, S. 21.

Straftat an Tatsachen geknüpft, die außerhalb der Schuld des Täters liegen, wie die Verfolgung des Ehebetrugs an die Nichtigkeitserklärung, die Verfolgung des Ehebruchs an die Scheidung (§§ 338, 339)". Aus den einzelnen Paragraphen geht aber die Nichtzugehörigkeit der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit zur Schuld nicht klar hervor.

Der Entwurf von 1925 führt in seinem § 12, Abs. 2 aus: „Zur Strafbarkeit ist, wo das Gesetz nichts anderes bestimmt, vorsätzliches Handeln erforderlich". In der Begründung [63]) heißt es: „Strafbar ist nur, wer vorsätzlich oder fahrlässig handelt. Damit spricht der Entwurf aus, daß es keine Zufallshaftung gibt. Grundsätzlich muß der ganze Sachverhalt, an dessen Eintritt die Strafe geknüpft ist, vom Vorsatz oder von der Fahrlässigkeit umfaßt sein. In einigen Fällen unterscheidet der Entwurf aber zwischen Tatbestandsmerkmalen, auf die sich der Vorsatz und die Fahrlässigkeit beziehen müssen, und die zur Strafbarkeit erforderlichen weiteren Umstände, zu denen der Täter eine innere Beziehung nicht zu haben braucht. Gesetzestechnisch macht der Entwurf Umstände dieser Art dadurch erkennbar, daß er sie in Bedingungssätzen dem Tatbestand hinzufügt".

Die Reichstagsvorlage von 1927 stimmt in seinem § 16 mit dem § 12 des Entwurfs von 1925 überein. Auch hier werden, wie die Begründung ausführt, durch Bedingungssätze in den einzelnen Paragraphen die objektiven Bedingungen hervorgehoben, so daß unsere Frage im zukünftigen Recht eine klarere Lösung erfährt, wenn man zum Tatbestand nur die verbrecherische Handlung rechnet.

Hiergegen erhebt sich aber folgender Widerspruch: Der Tatbestand ist die Summe der Tatsachen, an die sich eine Rechtsfolge knüpft. Die objektiven Bedingungen gehören nicht zum Tatbestand. Folglich müßte auch ohne ihr Vorliegen die Rechtsfolge eintreten können, ein Strafanspruch entstehen; denn die Summe der Tatsachen ist ja gegeben, an die sich eine Rechtsfolge knüpft. Aber gerade das Gegenteil nimmt die herrschende Lehre an.

---

[63]) Begründung von 1925 S. 13 § 12.

II. Hauptteil.

Die strafprozessualen Prozeßvoraussetzungen.

Obwohl der gesamte Tatbestand des materiellen Strafrechts erfüllt ist, also, obwohl auch die etwa vorhandenen objektiven Bedingungen der Strafbarkeit vorliegen, kann der strafrechtlichen Verfolgung ein Hindernis, nämlich ein Umstand, von dessen Vorhandensein die Verfolgung abhängt, entgegenstehen. Diesen Umstand nennt man Prozeßvoraussetzung.[1]) Die Schwierigkeit der Abgrenzung dieser Prozeßvoraussetzungen von den objektiven Bedingungen der Strafbarkeit beruht nun einerseits darauf, daß nicht alle Rechtssätze des Strafgesetzbuches zum materiellen Recht, nicht alle Rechtssätze der Prozeßordnung zum formellen Recht gehören,[2]) andererseits darauf, daß die herrschende Lehre, wie wir oben gesehen haben, die Bedingungen der Strafbarkeit als nicht zum Tatbestand gehörig auffaßt. Damit standen aber die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit als Sondergruppe zwischen Tatbestandsmerkmalen und Prozeßvoraussetzungen. Dies ist eine Eigentümlichkeit, die in kein System richtig paßt. Durch unsere Auffassung hoffen wir der Schwierigkeit dadurch aus dem Wege gegangen zu sein, daß wir die objektiven Bedingungen als Tatbestandsmerkmale auffassen, sie aber nicht zu den engeren Tatumständen des § 59 rechnen.

Der Begriff „Prozeßvoraussetzung" ist von Bülow[3]) aufgestellt worden. Er hatte die Auffassung, daß ein Prozeß ohne diese Voraussetzung nur ein rein tatsächliches Dasein habe. Von einem Prozeß im Rechtssinne, von einem Prozeßrechtsverhältnis könne man erst reden, wenn die Prozeßvoraussetzungen feststänfen. Darin ging Bülow aber zu weit. Der Prozeß ist in jedem Falle ein Rechtsverhältnis, d. h. „eine in Voraussetzung und Wirkungen rechtlich geregelte Beziehung

[1]) Allfeld, Deutsches Strafrecht S. 315.
[2]) Köhler, Deutsches Strafrecht S. 27.
[3]) Bülow, Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen 1868.

zwischen Gericht und Partei.“ [4]) Auch beim Fehlen der Prozeßvoraussetzungen gelten die Verfahrensvorschriften und die Pflicht zur Abweisung unzulässiger Klagen. Trotzdem ist Bülow das Verdienst zuzuschreiben, als erster die Prozeßvoraussetzungen einer näheren Betrachtung unterzogen zu haben. Der Streit, der sich erhob, wandte sich gegen den Begriff des Prozeßrechtsverhältnisses. Zunächst herrscht eine mehr terminologische Meinungsverschiedenheit, ob der Prozeß selbst ein Rechtsverhältnis sei oder nur begründe. Ein Teil der Literatur nimmt bei den Rechtsbeziehungen wirkliche Rechte und Pflichten, ein anderer Teil bloße Gebundenheiten an. Der wichtigste Gegensatz unter den Anhängern eines Prozeßrechtsverhältnisses besteht bezüglich der Entstehung. Nach Ansicht der einen entsteht das Prozeßrechtsverhältnis durch jede Klageerhebung, nach Ansicht der anderen nur bei Vorliegen von Prozeßvoraussetzungen.

Die Annahme eines Prozeßrechtsverhältnisses ist nicht ohne Gegner geblieben. Teilweise wird die Einheit des Prozeßrechtsverhältnisses bestritten, damit auch die bevorzugte Stellung der Prozeßvoraussetzungen innerhalb der prozessualen Tatbestände. Eine in neuerer Zeit gewachsene Opposition sieht in dem Prozeßrechtsverhältnis eine bloße Bindung, wobei das Wort „Rechtsverhältnis“ in üblicher Bedeutung nicht mehr verwendet werden kann. Vereinzelt ist auch geltend gemacht worden, daß der Begriff „Prozeßrechtsverhältnis“ im Sinne der modernen Prozeßwissenschaft jede Daseinsberechtigung verloren hat.[5])

Unter dieser Meinungsverschiedenheit hat dann die praktische Frage nach den Prozeßvoraussetzungen nicht gerade an Klarheit gewonnen. Ob man nämlich unter Prozeßrechtsverhältnis nur den voll wirkenden Prozeß versteht, oder aber jeden Prozeß, hat im Grunde nur konstruktiven Wert. Der Prozeß ist auch zu erfassen, wie auch die Prozeßvoraussetzungen, ohne Annahme eines solchen Rechtsverhältnisses. Weit praktischeren Wert hat jedenfalls der Begriff „Prozeßvoraussetzungen“. James Goldschmidt führt aus: [6]) „Indessen hat sich in neuerer Zeit die Erkenntnis Bahn gebrochen, daß die von Bülow genannten Prozeßvoraussetzungen jedenfalls im geltenden Recht nicht „Prozeßvoraussetzungen“, das ist nicht Voraussetzungen eines angeblichen Prozeßrechtsverhältnisses, sondern Sachenentscheidungsvoraussetzungen sind.“ Man hat daher versucht, den Ausdruck „Prozeßvoraus-

---

[4]) Stein, Grundriß des Zivilprozeßrechts und Konkursrechts 1924 S. 7.

[5]) James Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage S. 1. — 4. Literaturangabe ebenda.

[6]) a. a. O. S. 7.

setzungen" durch einen passenderen zu ersetzen. Sauer [7]) spricht von „Verfahrensvoraussetzungen", Frank [8]) schlägt „Klagevoraussetzungen" oder „Klagbarkeitsvoraussetzungen" vor. Da aber der Ausdruck „Prozeßvoraussetzungen" allgemein üblich geworden ist, wollen wir nicht einen neuen Ausdruck bringen, der der Klarheit des Problems nur schaden könnte.

Die Bülowsche Lehre ist von v. Kries [9]) zuerst für den Strafprozeß verwendet worden. Unter den späteren Abhandlungen über die Prozeßvoraussetzungen ist vor allem noch Rosenberg [10]) zu erwähnen. Nach ihm bezeichnet man als Strafprozeß ein Gerichtsverfahren, das die Verhängung von Kriminalstrafen zum Gegenstand hat. „Kriminalstrafe ist ein Uebel, welches als gesetzliche Folge einer schuldhaft rechtswidrigen Handlung verhängt wird".[11]) Als strafprozessuale Voraussetzung bezeichnet er eine Tatsache, von deren Feststellung die Zulässigkeit des Verfahrens abhängt. Er trennt von den Prozeßvoraussetzungen die Prozeßhindernisse. Aber diese Scheidung hat praktisch geringe Bedeutung, da, wie Rosenberg [12]) selbst zugibt, für die Prozeßhindernisse dieselben Normen gelten, wie für die Prozeßvoraussetzungen. Den Voraussetzungen für Einleitung und Durchführung des Prozeßverfahrens stellt er die Voraussetzungen für die Vornahme einzelner Prozeßhandlungen gegenüber. Ein Mangel der Letzteren hat nur für den Prozeßabschnitt Bedeutung. Zu den bedeutsamsten Prozeßvoraussetzungen der letzteren Kategorie rechnet er vor allem die Voraussetzungen für die Eröffnung des Hauptverfahrens und das Erlassen eines Sachurteils. Er versteht darunter diejenigen Tatsachen, von deren Feststellung der Erlaß eines Eröffnungsbeschlusses bezw. die Entscheidung über die Schuldfrage abhängt. Zu den allgemeinen Voraussetzungen für die Eröffnung des Hauptverfahrens rechnet er die sachliche, die örtliche Zuständigkeit des Gerichtes, die Vollendung des 12. Lebensjahres des Beschuldigten, die Erhebung der Anklage. Zu den besonderen Voraussetzungen für die Eröffnung des Hauptverfahrens zählt er den Strafantrag bei Antragsdelikten, die Ermächtigung, bei den Privatklagen die Widerklage, die Nebenklage, die Prozeßfähigkeit des Privatklägers usw., der Sühneversuch bei der Privatklage wegen Beleidigung, der

---

[7]) Grundlagen des Prozeßrechts S. 335.
[8]) Strafrecht S. 141.
[9]) Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 5, S. 9 ff.
[10]) Beitrag zur Lehre von den Prozeßvoraussetzungen, Zeitschr. f. d. ges. Rechtswissenschaft, Bd. 36, S. 522 ff.
[11]) a. a. O., S. 522.
[12]) Rosenberg, S. 538; dagegen auch James Goldtschmidt: Der Prozeß als Rechtslage, S. 396.

Nachweis neuer Tatsachen, oder Beweismittel nach § 210 StPO. Die Voraussetzungen für die Eröffnung der Hauptverhandlung unterscheiden sich nach ihm von den Prozeßvoraussetzungen dadurch, daß sie nur im Zwischenverfahren von Amts wegen geprüft werden müssen. James Goldschmidt [13]) wendet sich gegen diese letzteren Ausführungen: „Schief ist, wenn Loewe-Rosenberg lehrt, daß der Mangel einer Klagevoraussetzung niemals zur Folge habe, daß die Eröffnung der Untersuchung nichtig ist. Ob und wie weit ein mangelhafter Richterakt nichtig ist, darüber gehen die Ansichten bekanntlich auseinander. Daß die Frage für seine „Prozeßvoraussetzungen" oder „Prozeßhindernisse" anders zu beantworten ist, als für seine „Klagevoraussetzungen", hat Loewe-Rosenberg ebenso wenig bewiesen oder auch nur zu beweisen versucht, wie, daß sie anders für den Eröffnungsbeschluß oder die, die gerichtliche Voruntersuchung eröffnende Verfügung zu beantworten ist, als für das Urteil."

Nach Gerland [14]) versteht man unter „ „Prozeßrecht" den Inbegriff derjenigen Rechtssätze, die das Verfahren zur autoritativen Feststellung der Existenz oder Nichtexistenz einer staatlichen Strafpflicht im kriminellen Sinne regeln . . .

Die Prozeßhandlungen haben ihre Voraussetzungen; man hat nun eine Reihe besonders beinhalteter Voraussetzungen zusammengefaßt als Voraussetzungen nicht einzelner Prozeßhandlungen, sondern des Prozesses als ganzem und hat sie Prozeßvoraussetzungen genannt. Betrachtet man aber die genannten Prozeßvoraussetzungen über deren Abgrenzung man sich keineswegs klar ist, so sieht man, daß es sich bei ihnen stets um Voraussetzungen ganz bestimmter, einzelner Prozeßhandlungen handelt, und zwar der Sachentscheidung. Die sogenannten Prozeßvoraussetzungen sind mithin Sachentscheidungsvoraussetzungen und nichts anderes. Dies ergibt aus folgendem: Es kann in einem Verfahren problematisch werden, ob eine Sachentscheidungsvoraussetzung gegeben ist oder nicht. Wird nun festgestellt, daß dies nicht der Fall ist, so kann selbstverständlich keine Sachentscheidung ergehen und es muß das Verfahren auf andere Weise beendet werden, als durch eine Sachentscheidung. In welcher Form dies geschieht, interessiert uns hier nicht weiter. Das eine aber kann nicht bezweifelt werden, daß das Verfahren, in dem über den Mangel der Voraussetzungen verhandelt und entschieden wird, ebenfalls ein Prozeßverfahren ist. Daraus ergibt sich zur Evidenz, daß die Voraussetzung nicht eine solche des Verfahrens überhaupt, sondern eine Voraussetzung einer bestimmten einzelnen Prozeßhandlung ist."

---

[13]) Der Prozeß als Rechtslage, S. 400.
[14]) Der deutsche Strafprozeß, S. 6.

Nach Graf Dohna ist[15]) ist der Strafprozeß ein formelles Rechtsverhältnis, daß hinzielt auf die Feststellung eines materiellen Rechtsverhältnisses, auf die Strafberechtigung des Staates gegenüber dem Angeklagten. Das formelle Rechtsverhältnis wird begründet mit dem Eröffnungsbeschluß und endet mit der Rechtskraft des Urteils. Prozeßvoraussetzungen im engeren Sinne sind nach ihm diejenigen Umstände, von deren Dasein die Eröffnung des Hauptverfahrens abhängen, während zu den allgemeinen Prozeßvoraussetzungen vor allem gewisse Eigenschaften gehören, welche Streitsache, Gericht und Parteien haben müssen, damit eine Verhandlung und Entscheidung über den Strafantrag stattfinden kann. Damit stimmt Graf Dohna im wesentlichen mit der herrschenden Meinung überein, denn in der Hauptverhandlung wird eben über die Sache entschieden.

Wir schließen uns daher der herrschenden Meinung an und verstehen unter Prozeßvoraussetzungen die prozeßrechtlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer gerichtlichen Strafentscheidung.

Bedeutung der Unterscheidung.

Den objektiven Bedingungen der Strafbarkeit und den strafprozessualen Prozeßvoraussetzungen ist gemeinsam, daß sie nicht vom Verschulden des Täters umfaßt sein brauchen. Für die Prozeßvoraussetzungen ist dies als reine Verfahrensvorschrift verständlich. Für die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit ergibt sich dies aus dem Wesen des Schuldurteils. Bezüglich des Versuches ergibt sich: Da die objektiven Bedingungen äußere Tatumstände sind, die vorliegen müssen, damit Strafe geboten erscheint, kann eine Strafe aus Mangel an strafrechtlich erheblicher Rechtswidrigkeit nicht in Frage kommen, wenn sie objektiv nicht vorhanden sind, § 44 StGB. Es liegt eben kein Delikt vor. Daher ist in einem solchen Falle auch keine Teilnahme und Begünstigung möglich. Wenn bei einer Verbrechensbezichtigung § 461 StGB. dem Inhalt der Anzeige nach die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit fehlen, liegt falsche Anschuldigung nicht vor. Da auch für die Verhängung objektiver Maßregeln § 42 StGB. das Vorliegen einer strafbaren Handlung gefordert wird, so liegt beim Fehlen der objektiven Bedingungen kein derartiger Anspruch des Staates vor. In strafprozessualer Hinsicht, ist die wichtigste Folgerung, daß beim Fehlen der objektiven Bedingungen Freispruch, beim Fehlen der prozessualen Voraussetzungen Einstellung des Verfahrens durch Beschluß geboten ist, weil die Strafprozeßordnungen, Urteile, welche ohne vorausgehende Hauptverhandlungen ergehen, nicht

[15]) Das Strafprozeßrecht, S. 43—49.

kennt.[16]) Ohne Vorliegen der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit und der strafprozessualen Prozeßvoraussetzungen hat der Staatsanwalt keine öffentliche Anklage zu erheben. Da zur Schuldfrage im Sinne der Strafprozeßordnung § 263 auch die Frage gehört, ob die festgestellten Tatsachen den Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllen, bedarf es bei der Beurteilung, ob die objektive Bedingung der Strafbarkeit vorliegt der Zweidrittelmehrheit der Stimmen. Dagegen gehört nicht zur Schuldfrage, ob eine Prozeßvoraussetzung vorliegt.

Uns interessieren im weiteren Verlauf dieser Arbeit nur jene besonderen Prozeßvoraussetzungen, die durch ihre Stellung außerhalb der Strafprozeßordnung ihre Zugehörigkeit zum Strafprozeßrecht zweifelhaft erscheinen lassen.

---

[16]) RGSt., Bd. 24, S. 65; BG. 37, S. 407.

III. Hauptteil.

Die einzelnen Fälle.

1. Objektive Bedingungen der Strafbarkeit.

Da die Begriffsbestimmungen der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit bei den verschiedenen Autoren so große Unterschiede aufweisen, ist es natürlich, daß auch die Meinungen darüber geteilt sind, in welchem Paragraphen das Strafgesetzbuches eine objektive Bedingung der Strafbarkeit vorliegt.

a) Die Verbürgung der Gegenseitigkeit bei feindlichen Handlungen gegen befreundete Staaten §§ 102 bis 103 StGB.

Hier liegt die Annahme einer objektiven Bedingung besonders nahe; schon der Wortlaut des Paragraphen als solcher weist deutlich darauf hin. Sehr oft wird der Staat für die Angriffe, die einer seiner Untertanen gegen fremde Staatseinrichtungen ausübt, völkerrechtlich zur Verantwortung gezogen, besonders dann, wenn man des Täters nicht habhaft werden kann. Dieser Haftung kann sich der Staat entziehen durch Bestrafung des Täters oder seine Auslieferung. Letzteres ist aber nach positiven Gesetzesbestimmungen (§ 9 StGB. Art. 112, Abs. 3 RV.) nicht angängig. Daher bleibt nur die Bestrafung des Täters übrig. An dieser Bestrafung hat aber der Staat erst dann ein Interesse, wenn der verletzte Nachbarstaat mit ihm in so nahen Beziehungen steht, daß ihm die Gegenseitigkeit verbürgt ist. Dem Täter wird allerdings nur vorgeworfen, fremde Staatseinrichtungen nicht respektiert zu haben. Aber für reaktionspflichtig hält sich der Staat erst, wenn durch die Handlung die guten Beziehungen mit dem Nachbarstaat gestört werden. Erst dann hält er die Allgemeinschädlichkeit für so erheblich, daß strafrechtliches Einschreiten geboten erscheint. Diese Allgemein-Schädlichkeit hat der Gesetzgeber vertypt in der Formel: „Sofern . . . die Gegenseitigkeit verbürgt ist.“ Aber dieser Umstand hängt so lose mit der verbrecherischen Handlung, der asozialen Psyche des Täters zusammen, daß wir ihn

nicht zu den engeren Tatumständen des § 59 StGB. rechnen, die vom Willen des Täters umfaßt sein müssen. Wir haben es in diesem Falle mit einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit zu tun. Dies ist auch die Ansicht der herrschenden Lehre.[1]) Mandel[2]) und v. Beling[3]) nehmen hier eine Bedingung der Verfolgbarkeit an. Nach ihnen wäre also ohne Verbürgung der Gegenseitigkeit eine strafbare Handlung gegeben, aber die Verfolgung ausgeschlossen. Daß wir es hier aber mit einer Vorschrift des materiellen Rechts zu tun haben, ergibt sich schon aus der Ueberschrift: Strafbare Handlungen gegen befreundete Staaten. Nicht heißt es: Strafbare Handlungen gegen fremde Staaten. Wie sich aus der Partikulargesetzgebung ergibt, kommt der Bezeichnung feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten sachliche Bedeutung zu.[4])

Der Vorentwurf von 1909 § 123 bringt in unserer Frage insoweit keine Neuerung, als er bei dem Satze stehen bleibt: „Sofern dem Staat die Gegenseitigkeit verbürgt ist." Auch verwendet er die Worte: Die Verfolgung tritt nur auf Antrag der auswärtigen Regierung ein." In der Begründung[5]) heißt es: „Als Bedingung der Strafbarkeit ist für den ganzen Paragraphen daran festgehalten, daß dem Reich in dem ausländischen Staat die Gegenseitigkeit verbürgt sein müsse." Auch der Gegenentwurf von 1911 bringt in seinem § 168 nichts Neues in unserer Frage. Der Kommissionsentwurf von 1913 erklärt in seinem § 177 die Verbürgung der Gegenseitigkeit neben dem Antrag für eine Prozeßvoraussetzung, indem er in § 177 Abs. II ausführt: „Die Tat wird nur auf Antrag der ausländischen Regierung und nur dann verfolgt, wenn dem Reich die Regenseitigkeit verbürgt ist oder schon zur Zeit der Tat verbürgt war." Diesem Vorgehen folgen der Entwurf von 1919 in § 163, der amtliche Entwurf von 1925 in § 114 und der Entwurf von 1927 in § 116. Damit wäre für das zukünftige Recht die Verbürgung der Gegenseitigkeit eine Prozeßvoraussetzung.

b) Die Verbrechensausführung. Bei der unterlassenen Verbrechensanzeige 139 StGB. Hier wird derjenige bestraft, der das Vorhaben bestimmt aufgestellter Verbrechen trotz glaubhafter Kenntnis nicht zur Anzeige gebracht hat, — wenn das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch begangen worden ist. — Diese tatsächliche Begehung

---

[1]) Frank 1926, § 102; v. Liszt-Schmitt, Lehrbuch, S. 280; Köhler, S. 419; Sauer: Grundlagen d. Strafrechts, S. 359; Rittler, a. a. O., S. 118, 119; RG. Et., Bd. 3, S. 457, 38, S. 77.

[2]) S. 12. Mandel.

[3]) v. Beling: Lehre vom Verbrechen, S. 69.

[4]) Gerland: Vergl. Darst., Bd. I, bes. Teil, S. 125 ff.

[5]) Begründung zum Vorentwurf von 1909, S. 463.

steht mit der Psyche des Täters in keinem Zusammenhang. Nicht weil er die Ausführung will, sondern weil er die ihm auferlegte Pflicht des Schutzes der Rechtssicherheit verletzt, wird er bestraft. Wenn aber diese Pflichtverletzung keine Nachteile zur Folge hat, sieht der Staat eine Rechtswidrigkeit nicht in dem Maße vorliegen, daß Strafe geboten erscheint. Die herrschende Lehre [6]) rechnet auch die Begehung des Verbrechens zu den objektiven Bedingungen der Strafbarkeit. Anderer Ansicht ist Rittler.[7]) Nach ihm hat sich auch das Verschulden des Täters auf das strafbegründende Ereignis zu beziehen. „Nur der haftet wegen Nichtanzeige eines drohenden Verbrechens, der dessen Begehung ins Auge fast, nicht auch der glaubt, es werde niemals ein Versuch unternommen." Gegen die Ansicht von Rittler spricht aber die unhaltbare Forderung, daß § 139 StGB. bei der negativen Beihilfe als lex specialis eine bedeutend leichtere Strafe gewährt, als es sonst bei der Beihilfe zu so schweren Delikten üblich ist. Frank glaubt, daß der Gedanke des Gesetzgebers bei dieser objektiven Bedingung der Strafbarkeit folgender sei: [8]) „Die Frage, ob das Verbrechen ernstlich geplant wurde, soll der Richter nur bei dessen wirklicher Begehung bejahen dürfen." Obige Erklärung muß man als gekünstelt bezeichnen. Zutreffend sagt hierzu Sauer: „Eine unwiderlegbare Vermutung besagt aber wie jede Fiktion eine Entstellung der Wirklichkeit; sie hat nur methodische aber nicht sachliche Bedeutung. Ebenso gut könnte man die Schuld unwiderleglich Präsumieren, um allen Verbrechensforderungen zu genügen; man tut dies aber aus gutem Grunde nicht."

Der Vorentwurf von 1919 ändert in seinem § 174 den uns interessierenden Absatz nicht. Die Begründung [9]) erklärt, die Begehung sei eine objektive Bedingung der Strafbarkeit. Der Gegenentwurf von 1911 § 185 und der Kommissionsentwurf von 1913 § 236, sowie der Entwurf von 1919 § 226 ändern die in Frage kommende Stelle nicht. Die Denkschrift zum Entwurf von 1919 [10]) erklärt die Begehung des Verbrechens ausdrücklich zu einer Bedingung der Strafbarkeit. Der Entwurf von 1925 § 184 und der Entwurf von 1927 § 199 bleiben bei dem Satz, der Täter wird bestraft, „wenn das Verbrechen vollendet oder versucht worden ist." Die

---

[6] v. Liszt-Schmitt, S. 280; Sauer: Grundlage des Strafrechts, S. 361; v. Bar: Gesetz u. Schuld II, S. 423; Mandel, S. 30; Hegler: Zeitschr. f. .d ges. Rechtswissenschaft, Bd. 36, S. 226.

[7]) Rittler, S. 337, a. a. O.

[8]) 1926, S. 326, § 139, Nr. 7.

[9]) Begründung zum Vorentwurf von 1909, § 174, S. 574.

[10]) Denkschrift zum Entwurf von 1919, § 226, S. 174.

Begründungen [11]) sehen auch in dieser Vorschrift eine objektive Bedingung der Strafbarkeit.

c) Das Stattfinden des Zweikampfes bei der Anreizung zum Zweikampf § 210 StGB.

Die Anreizung zum Zweikampf wird bestraft, „falls der Zweikampf stattgefunden hat." Das Stattfinden des Zweikampfes wird zwar meist in dem Willen des Anreizenden aufgenommen, braucht es aber nicht. Die bloße Tatsache des Stattfindens des Kampfes läßt das Anreizen erst in den Augen des Gesetzgebers so rechtswidrig erscheinen, daß er eine Strafe für nötig hält. Die herrschende Lehre sieht in dieser Vorschrift eine objektive Bedingung der Strafbarkeit. Anderer Ansicht Rittler, der die und b) angeführten Argumente bringt. Wir verweisen daher auf obige Ausführung.

Der Vorentwurf von 1919 beseitigt in seinem § 226 die Bedingung der Strafbarkeit und läßt im Falle des Eintrittes des Zweikampfes eine Straferhöhung eintreten. Die Begründung [12]) erklärt den Wegfall der objektiven Bedingungen damit, daß sie die Wirksamkeit der Vorschrift allzusehr einschränke. Der Gesetzentwurf läßt in seinem § 264 gleichfalls die objektive Bedingung der Strafbarkeit weg. Der Kommissionsentwurf von 1913 § 303 und der Entwurf von 1919 § 307 bleiben beim Wegfall der objektiven Bedingungen. In der Begründung zum Vorentwurf von 1919 [13]) wird ausgeführt: „Liegt der Grund der Strafwürdigkeit des Anreizens zum Zweikampf in der Mißachtung fremder Ueberzeugung, so kann es nicht darauf ankommen, ob der andere dem Druck nachgegeben, oder Widerstand geleistet hat. Daher sieht der Entwurf, ebenso wie die früheren Entwürfe davon ab, das Stattfinden des Zweikampfes zur Bedingung der Strafbarkeit zu machen, wie das geltende Recht es tut." Dieser Ansicht schließen sich der amtliche Entwurf von 1925 § 249 und der Entwurf von 1927 § 274 an.

d) Der Eintritt des Todes oder einer schweren Körperverletzung beim Raufhandel § 227 StGB.

Hier ist die Verursachung des Todes oder einer schweren Körperverletzung ein äußerer Tatumstand, der für das Verschulden des Täters unbeachtlich ist. Das Gesetz erblickt in dem üblen Ende der Rauferei ein Symptom für die gefährliche Betätigung. Damit gelangen wir allerdings zu einer Erfolgshaftung, die dem Prinzip der Schuldhaftung widerspricht. Rittler [14]) bemerkt: „Der Schluß vom Ausgang des

[11]) Begründung zum amtlichen Entwurf von 1925, § 184; Begründung zum Entwurf von 1927, § 199.
[12]) Begründung zum Vorentwurf von 1909, § 226.
[13]) Denkschrift zum Vorentwurf von 1919, § 307, S. 250.
[14]) Rittler, a. a. O., S. 341.

Raufhandels auf die Art der Beteiligung ist keineswegs zwingend. Der Fall zeigt, wie es dort zur Erfolgshaftung kommt, wo der Gesetzgeber die Strafdrohung statt auf das strafwürdige Verhalten selbst auf Indizien hierfür abstellt . . . Daß solche Bestimmungen mit dem Schuldgrundsatz unvereinbar sind, sollte außer Zweifel sein." Wir werden uns der herrschenden Lehre anschließen und hier eine objektive Bedingung der Strafbarkeit annehmen.[15]) Der Entwurf von 1919 behält in § 231 diese Vorschrift unverändert bei. Die Begründung führt aus: [16]) „Der Entwurf hat diese Vorschrift unverändert beibehalten und zwar nicht, weil er jeden, der an einem Raufhandel teilgenommen hat, als einen solchen ansehen will, der die schwere Folge mit verursacht hat, sondern weil Raufhandel erfahrungsgemäß sehr oft zu Totschlag und schwerer Körperverletzung führen, die Bestimmung daher im Interesse der öffentlichen Sicherheit nicht zu entbehren ist. Fast jede Schlägerei ist mit Gefahr für Leben und Gesundheit verbunden, und wer schuldhaft an ihr teilnimmt, beteiligt sich schuldhaft an der Verursachung dieser Gefahr, und verdient schon wegen dieser Beteiligung Strafe. Eine geordnete Rechtspflege mag dies in leichteren Fällen unbeachtet lassen dürfen, sie darf dies aber nicht mehr tun, wenn, wie der Paragraph voraussetzt, eine schwere Folge, nämlich eine Tötung oder schwere Körperverletzung tatsächlich eingetreten ist. Dazu kommt, daß erfahrungsgemäß gerade bei größeren Schlägereien der Beweis der Täterschaft hinsichtlich der verursachten einzelnen Verletzungen oft schwer oder gar nicht zu führen ist, so daß die Haftbarkeit des einzelnen für ihre Beteiligung nicht selten die einzige Möglichkeit für das im Interesse von Ruhe und Ordnung dringend notwendige strafrechtliche Einschreiten bietet."

Der Gegenentwurf von 1911 § 273 behält die Vorschrift unter geringfügigen Abänderungen bei. Im Entwurf von 1913 § 294 lautet die uns interessierende Stelle: Der Täter wird bestraft, „wenn durch die Schlägerei oder den Angriff eine schwere Körperverletzung oder der Tod eines anderen verursacht wird." Der § 298 des Entwurfes von 1919 ist mit dem § 294 des Entwurfes von 1913 identisch. Die Begründung zum Entwurf von 1919 § 298 führt aus:[17]) „Die schwere Folge braucht er (der Täter) nicht in sein Verschulden aufgenommen zu haben, diese ist vielmehr Bedingung der Strafbarkeit. Deshalb ist es auch für die Strafbarkeit gleichgültig, ob die Folgen vor, während oder nach der Beteiligung

[15]) v. Liszt-Schmitt, S. 280; Sauer: Grundlage d. Strafrechts, S. 361; Mandel, S. 37; Köhler, S. 480; Rittler, S. 340; Hegler: Zeitschrift f. d. ges. Rechtswissenschaft, Bd. 36, S. 226.

[16]) Begründung zum Vorentwurf von 1909, § 231, S. 663/64.

[17]) Begündung zum Entwurf von 1919, § 298, S. 242.

eingetreten sind." Auch der Entwurf von 1925 bringt in seinem § 241 in unserer Frage nichts Neues. Der Entwurf von 1927 § 266 ist mit § 241 des amtlichen Entwurfes von 1925 identisch.

e) Die Zahlungseinstellung oder die Konkurseröffnung beim Bankrott, § 239 ff. KO. und § 10 Depotgesetz.

Nach den §§ 239 und 240 KO. werden Schuldner bestraft, „welche die Zahlungen eingestellt haben oder über deren Vermögen der Konkurs eröffnet ist", wenn sie bestimmte Handlungen vornehmen, um die Gläubiger zu benachteiligen. Hier gehen die Meinungen sehr auseinander. Die herrschende Lehre sieht hierin eine Bedingung der Strafbarkeit.[18]) Es fragt sich, was hier der Gesetzgeber verbietet. Hierauf werden meist 2 Antworten gegeben. Der Gesetzgeber verbietet:

1. Die Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit durch die Bankerotthandlung.[19])

Es wird die Ansicht vertreten, daß das Gesetz eine Vermutung des Causalzusammenhangs zwischen Bankerotthandlung und Zahlungseinstellung aufstellt. Dies wird auch von solchen Autoren vertreten, die hier eine objektive Bedingung annehmen.[20]) Sauer[21]) bemerkt hierzu: „die Annahme einer widerlegbaren Vermutung tut jedoch dem Gesetz sicherlich Gewalt an; nichts spricht vom Standpunkt der herrschenden Dogmatik und namentlich der naturalistischen Causalitätstheorie (Bedingungstheorie) dafür, daß bei fehlender Causalität die Strafbarkeit der Tat entfallen soll". In §§ 239/40 KO. ist die Vermutung sicherlich nicht richtig. Ein typischer Fall des Bankbruchs würde dann nicht unter die Strafbestimmungen fallen, nämlich wenn die Bankerotthandlung der Zahlungseinstellung nachfolgt.[22])

2. Die Gefährdung und Benachteiligung der Gläubiger durch die einzelnen Bankerotthandlungen.[23])

Wenn Frank sagt, es handle sich bei den äußeren Umständen der Zahlungseinstellung um ein Symptom für die vom Gesetzgeber verbotene Benachteiligung oder Gefährdung der Gläubiger, so kommt er unserer Ansicht nahe. Erst durch

---

[18]) Beling: Lehre vom Verbrechen, S. 49; Köhler, S. 418; v. Liszt, S. 280; Rittler, S. 341; Sauer: Grundlagen d. Strafrechts, S. 361.

[19]) Neumeyer: Hsitorische und dogmatische Darstellungen des strafbaren Bankerotts 1891, S. 135.

[20]) Binding: Handbuch I, S. 590; Blume, S. 40 ff.

[21]) Sauer: Grundlagen des Strafrechts, S. 362.

[22]) So auch Frank, S. 620; Rittler, S. 342, Sauer, Grundlagen d. Strafrechts, S. 362.

[23]) Frank, § 339, KO. Anm. 1, S. 621.

Hinzutreten dieser äußeren Tatumstände erscheint dem Gesetzgeber die Handlung so rechtswidrig, daß Strafe geboten erscheint. Gerade bei den Konkursdelikten zeigt es sich, ob die Theorie über die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit den Anforderungen der Praxis entspricht. Bezeichnend sind auch die Ausführungen Franks[24]): „Im ganzen legt Entscheidung 45, Seite 88, die Judikatur des Reichsgerichts in dem Sinne aus, daß die in Rede stehenden Tatsachen, wenn auch zum äußeren, so doch nicht zum inneren Tatbestand zu rechnen sind, d. h., daß man annehmen muß, daß sie nicht von der Schuld umfaßt werden brauchen. In der Tat trifft letzteres zu; aber der Umstand, daß es zutrifft, nötigt im Hinblick auf § 59 auch zur Ausscheidung der Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung aus dem Gebiet des Tatbestandes". Weit einfacher ist unsere Erklärung. Die Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung sind äußere Tatumstände des gesetzlichen Tatbestandes. Dem Schuldner wird zur Last gelegt, durch Konkurshandlungen die Gläubiger benachteiligt zu haben. Aber erst wenn die Zahlungseinstellung usw. erfolgt ist, hält der Gesetzgeber die Handlung für die Allgemeinheit so schädlich, daß ihm ein strafrechtliches Einschreiten geboten erscheint. Der Schuldner braucht diese äußeren Tatumstände nicht zu kennen, denn ihm wird subjektiv ja nur zur Last gelegt eine absichtliche Gläuberbenachteiligung durch die einzelne Konkurshandlung.

Eine ähnliche Vorschrift finden wir in § 10 des Depotgesetzes vom 8. Juli 1896 in der Fassung vom 21. November 1923. Hier wird ein Bankier wegen Verletzung seiner gesonderten Aufbewahrungsfrist, § 1, Ziffer 1, oder wegen der Vernachlässigung der Eintragungspflicht ins Depotbuch bestraft,[25]) wenn er die Zahlung einstellt oder in Konkurs gerät —. Auch hier nehmen wir eine objektive Bedingung der Strafbarkeit an. Ueber die hier entstehenden Streitfragen sei auf obige Ausführungen verwiesen.

f) Die Verursachung eines Schadens bei fahrlässiger Beschädigung von Wasser- und Schutzbauten, Schiffahrtszeichen und öffentlichen Brunnen, § 326 StGB.

Hier wird bestraft, wer fahrlässig diese öffentlichen Anlagen beschädigt, — wenn durch diese Handlung ein weiterer Schaden oder gar der Tod eines Menschen verursacht wird —. Diese Verursachung eines weiteren Schadens ist für den Gesetzgeber das Kriterium der besonderen Schädlichkeit der Handlung. Erst wenn der Erfolg eingetreten ist, hält der Gesetzgeber Rechtswidrigkeit in dem Maße vorliegend, daß

[24]) Frank, S. 621.
[25]) § 1, Ziffer 2, § 10 Depotgesetz.

Strafe geboten erscheint. Aber dieser Erfolg braucht nicht von der Fahrlässigkeit des Täters erfaßt zu sein, denn dieser Tatbestand hängt nur rein äußerlich mit der verbrecherischen Handlung zusammen, ist ein äußerer Tatumstand. Wir rechnen daher die Verursachung eines weiteren Schadens mit der herrschenden Lehre [26]) zu den objektiven Bedingungen der Strafbarkeit. In den Entwürfen ist diese objektive Bedingung in Wegfall gekommen.[27])

g) Die Verursachung eines Schadens bei fahrlässiger Nichterfüllung von Lieferungsverträgen mit einer Behörde, § 329, Abs. II.

Wer einen Lieferungsvertrag für die Bedürfnisse des Heeres im Kriegsfalle oder für die Beseitigung eines Notstandes der Bevölkerung mit einer Behörde abschließt, ist verpflichtet, diesen zu erfüllen. Kommt er vorsätzlich dieser Verpflichtung nicht nach, so ist er ohne weiteres haftbar. Beruht die Nichterfüllung aber auf Fahrlässigkeit des Lieferanten, so ist die Handlung an sich privatrechtlich schon rechtswidrig, wenn aber durch die Nichtlieferung ein Schaden entstanden ist, hält der Gesetzgeber das fahrlässige Verhalten für so allgemeingefährlich, daß Strafe geboten erscheint. Diese Schadensverursachung braucht von der Fahrlässigkeit des Täters nicht umfaßt zu sein. Vorgeworfen wird dem Täter subjektiv nur die fahrlässige Nichterfüllung. Die Schadensverursachung hingegen zeichnet den verbrecherischen Willen nicht als besonders sozial, sondern tritt mehr äußerlich zu dem übrigen Tatumstand hinzu. Wir haben es auch hier mit einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit zu tun. Die Entwürfe sehen in diesem Falle von einer Bedingung der Strafbarkeit ab.[28])

h) Die Inländereigenschaft und die Strafbarkeit einer Handlung nach ausländischem Recht bei den im Ausland begangenen Straftaten, § 4 StGB.

V. Liszt-Schmidt [29]) rechnet diesen Fall überhaupt nicht zu den objektiven Bedingungen, Frank [30]) nur die Inländereigenschaft.

Der § 4 StGB. hat eine unvollkommene Ausdrucksweise. Im § 3 StGB. wird die Entstehung eines Strafanspruchs nach

---

[26]) Frank, § 326; Köhler, S. 480; Leipz. Komm., § 326 Anm. 1.
[27]) Vorentwurf 1909, §§ 181 II, 190 II, 191 II, 192 III, Gegenentwurf von 1911, § 326 III, 218 III, 220 II; Kommissionsentwurf vo n1913, §§ 261 III, 266 IV, 274 V, 275 III; E 1913, § 265; E. 1925, § 212; E. 1927, § 236.
[28]) Vorentwurf 1909, § 107; Gegenentwurf 1911, § 119; Kommissionsentwurf 1913, § 146—48, § 273; Entwurf von 1919, §§ 147, 149, 273; Entwurf 1925, §§ 95, 219; Entwurf 1927, § 96, 244.
[29]) Lehrbuch, S. 282, Kommentar.
[30]) Kommentar, S. 140.

dem Territorialprinzip geregelt, d. h. ein Strafanspruch entsteht nur bei Handlungen, die auf deutschem Gebiet begangen werden. Der § 4, Abs. 2, führt aus: „Jedoch kann nach den Gesetzen des Deutschen Reiches verfolgt werden ....“ Das hat aber zur Voraussetzung, daß überhaupt ein Strafanspruch entstanden ist. Hiervon redet aber das Gesetz nicht. In § 4 StGB. ist daher ein Doppeltes ausgesprochen. Ausnahmsweise entsteht ein Strafanspruch bei im Ausland begangenen Straftaten unter bestimmten Voraussetzungen, und zudem kann bei Vorliegen derselben Voraussetzungen die Anklagebehörde nach ihrem Ermessen die Anklage erheben. Der Leipziger Kommentar [31]) führt aus: „§ 4 trifft unmittelbar keine Entscheidung darüber, ob und in welchen Fällen eine derartige Erstreckungsmacht deutscher Gesetze über das Gebiet des Deutschen Reiches hinaus stattfindet. Abs. 1 geht von der Möglichkeit aus, daß eine solche Erstreckung vorliegt, bestimmt aber als Regel, daß jedenfalls wegen der Zuwiderhandlung gegen sie keine Verfolgung stattfinden soll... Indem aber Abs. 2 die Verfolgung der unter Ziffer 1—3 gezeichneten, im Ausland begangenen Handlungen gemäß dem Oportunitätsprinzip zuläßt, bringt er zugleich allerdings mittelbar zum Ausdruck, daß er insoweit auch von der Geltung des deutschen Strafgesetzbuches über das Reichsgebiet hinaus aus ergeht.“

Nach unserer Ansicht liegt in § 4, Abs. 2 zugleich eine Anweisung an den Staatsanwalt, aber darin ist keine Prozeßvoraussetzung zu finden, denn es wird nichts darüber gesagt, ob eine Sachentscheidung ergehen kann oder nicht. Vielmehr ist in diesen Fällen eine objektive Bedingung der Strafbarkeit bezüglich der Inländerqualität und der Qualität der Handlung als einer nach ausländischem Recht strafbaren zu suchen.

Die Inländerqualität bei Auslandsverbrechen beleuchtet die verbrecherische Psyche des Täters nicht weiter. Sie ist ein äußerer Tatumstand, der nicht vom Verschulden des Täters umfaßt sein braucht.

Im § 4 Ziffer 3 wird noch ein weiteres Erfordernis aufgestellt, nämlich daß die Tat nach ausländischem Recht strafbar sei. Hier könnten Zweifel entstehen, ob nicht ein engerer Tatumstand vorliegt, der vom Verschulden des Täters umfaßt werden muß. Aber wir werfen dem Täter nicht die Mißachtung bestehender Gesetze vor, „was wir dem Täter vorwerfen, sind seine eigenen typischen Wertschätzungen und deren Motivationskraft“.[32]) Weil er an die Stelle der aus der Kenntnis des Rechten zu gewinnenden Wertschätzung eigene asoziale Werte einsetzte und unter dieser Willensbestimmung

[31]) Leipziger Kommentar 1925, S. 136—137.
[32]) Grünhut: Aschaffenburg's Monatsschr., 17. Jahrg. 1926, 1. Beiheft, S. 92.

handelte, lassen wir ihn für seine Tat haften. Es liegt kein Grund vor, von diesem Grundsatz in § 4 Ziffer 3 abzugehen, indem wir uns auf eine unvollkommene Ausdrucksweise des Gesetzes stützen müßten. Daher nehmen wir hier eine Bedingung der Strafbarkeit an.

Der § 3 des Vorentwurfes von 1909 ist mit dem § 4 StGB. identisch. Der § 5 bringt in unserer Frage keine Klärung, da auch hier die Worte gebraucht werden: „Nach den Strafgesetzen des deutschen Reiches kann verfolgt werden." Der Gegenentwurf von 1911 § 4 Ziffer 4 bringt gleichfalls keine Aenderung. Der Kommissionsentwurf von 1913 läßt in seinen §§ 3 und 5 auch eine klare Scheidung von Prozeßvorschriften und objektiven Bedingungen der Strafbarkeit vermissen. Der Entwurf von 1919 §§ 1, 2 bleibt in unserer Frage bei der heutigen Regelung.

Eine klare Scheidung bringt der Entwurf von 1925 § 6, Abs. 1: „Für andere Taten, die im Ausland begangen werden, gelten, sofern sie auch durch die Gesetze des Tatorts mit Strafe bedroht sind, die deutschen Gesetze." Die Inländerqualität und die Strafbarkeit einer Handlung nach ausländischem Recht werden als objektive Bedingungen hier zu werten sein. In § 6, Ziffer 5 erhalten wir noch eine neue objektive Bedingung der Strafbarkeit: „Wenn der Täter zur Zeit der Tat Ausländer war, im Inland betroffen wurde, und obwohl die Auslieferung an das Ausland zulässig wäre, nicht ausgeliefert wird." Die Begründung [33]) führt aus: „Ausschließlich die Prozeßordnung soll ferner darüber Bestimmungen treffen, inwieweit die Behörde verpflichtet ist, die zu ihrer Kenntnis gelangenden Handlungen zu verfolgen; die im geltenden Strafgesetzbuch enthaltenen Bestimmungen über die Verfolgung von Taten, die im Ausland begangen werden, §§ 4 und 5 StGB., sind nicht aufgenommen." Der Entwurf von 1927 § 7 ist mit dem § 6 des amtlichen Entwurfes von 1925 identisch.

i) Die Ehescheidung beim Ehebruch, § 172 StGB.

Der Ehebruch wird bestraft, „wenn wegen desselben die Ehe geschieden ist." Ueber den Sinn dieses Bedingungssatzes herrscht große Meinungsverschiedenheit. Er wird teils als eine Prozeßvoraussetzung angesehen,[34]) teils als Bedingung der Strafbarkeit.[35])

---

[33]) Begründung zum amtlichen Entwurf 1925, § 6.

[34]) So die herrschende Lehre: Frank, § 172; Graf Dohna: Strafprozeß, S. 49; Reichsgericht bes. Bd. 15 S. 122—261, Bd. 22 S. 125; Pfeil, S. 72.

[35]) Sauer: Grundlagen des Prozeßrechts, S. 342; v. Liszt-Schmitt, S. 280; Hegler: Zeitschr. f. d. ges. Rechtswissenschaft, Bd. 36, S. 228; Kohn, S. 39.

Betrachten wir zunächst die geschichtliche Entwicklung der Bestrafung des Ehebruchs. Unter den deutschen Gesetzen hat das allgemeine Landrecht, Teil V Titel 20 §§ 1061 bis 1063 für uns besondere Bedeutung. In § 1062 allgemeines Landrecht heißt es: „Wenn durch dergleichen Verbrechen ..." die Ehe geschieden wird. Aus diesem Zusatz ersehen wir, daß das allgemeine Landrecht auf dem Standpunkt stand, daß der Ehebruch schlechthin eine strafbare Handlung sei.[36]) Diese Ansicht hat auch das preußische Strafgesetzbuch von 1851 beibehalten. Es führt in seinem § 140 aus: „Der Ehebruch wird, wenn wegen dieses Verbrechens die Ehe geschieden ist . . ., bestraft." Das StGB. für den Norddeutschen Bund hat die Vorschrift wörtlich übernommen. Unser Strafgesetzbuch baut bezüglich dieser Vorschrift auf dem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund auf. Man könnte nun argumentieren: Hätte das Strafgesetzbuch durch die Abänderung „wegen dieses Verbrechens" in „wegen desselben" etwas anderes sagen wollen, so müßte sich dies aus den Motiven ergeben, was jedoch nicht der Fall ist. Somit liegt die Vermutung nahe, daß es sich hier um eine prozessuale Vorschrift handelt. Das Reichsgericht sagt[37]): Wenn das Gesetz zur Schonung bestehender Ehe eine solche Tat nicht bestraft wissen will, solange die Ehe nicht deshalb getrennt ist, so wird dies durch Ausschluß der Verfolgung erreicht. Es ist nicht anzunehmen, daß ein Tatumstand, der außerhalb des Verschuldens des fehlenden Ehegatten und seines Mitschuldigen liegt, der von Zufälligkeiten, wie vom Erfolge des Beweises, oder selbst von prozessualen Fehlern abhängen kann, zum Tatbestand der strafbaren Handlung gehören soll. Es muß also angenommen werden, daß die Tatsache der Ehetrennung prozessuale Vorbedingung der Strafverfolgung, wie der Antrag, ist."

Aber ein bedeutender Einwand wird immer wieder erhoben: Wenn die bestehende Ehe durch Nichtverfolgung geschützt werden soll, so ist nicht einzusehen, daß, wenn die Ehe aus irgendeinem anderen Grunde geschieden wird, nicht auch jetzt eine Bestrafung eintreten soll. Warum muß die Ehe gerade „deswegen" geschieden werden!? Gegenüber einem klaren Gesetzestext sind die Worte Bindings angebracht: „Mit dem Moment der Gesetzespublikation, mit der kategorischen Erklärung, wie es im Gesetz steht, so soll es Recht sein, verschwindet der ganze Unterbau von Absichten und Wünschen des Gesetzgebers."[38]) Pfeil[39]) führt an: „Daß nicht allein das Interesse an der Erhaltung der Ehe als staat-

[36]) Pfeil, S. 69.
[37]) RGE. in Strafsachen, Bd. 22, S. 137.
[38]) Binding: Handbuch I, S. 557.
[39]) Pfeil: Der Ehebruch in seiner geschichtlichen Entwicklung und im geltenden Recht 1908.

liche Institution und der Grundlage des gesamten Staatswesen den Gesetzgeber zur Einfügung des Erfordernisses der vorgängigen Ehescheidung wegen des zur Strafverfolgung stehenden Ehebruchs bestimmt hat, sondern daß er, was allerdings durch das Erfordernis des Antrags zur Genüge getan zu sein scheint, auch das Privatinteresse des unschuldigen Eheteils und der Familie selbst im Auge hatte. Sein Bestreben ging insbesondere dahin, eine Preisgabe des Geheimnisses der Ehe und der Familie, soweit dies nicht schon im Ehescheidungsprozeß geschehen ist, im Strafverfahren nach Möglichkeit zu vermeiden." Aber diesem Erfordernis ist ja, wie der Verfasser selbst zugeben muß, durch den Antrag Genüge geschehen. Da im Ehescheidungsprozeß die die Ehe trennenden Momente der freien Parteiposition entzogen sind, ist das letztere Argument nicht durchschlagend. Wir müssen uns daher der Ansicht anschließen, daß hier keine Prozeßvoraussetzung vorliegt. Die Scheidung der Ehe wegen des begangenen Ehebruches ist gerade die Größe, die hinzukommen muß, damit der Tatbestand in den Augen des Gesetzgebers so strafwürdig erscheint, daß er ein Einschreiten für nötig hält. Aber der Tatbestand der nachfolgenden Ehescheidung ist nur sehr lokker mit der verbrecherischen Handlung verbunden. Die Psyche des Täters wird dadurch nicht als besonders gefährlich gekennzeichnet. Daher rechnen wir die Ehescheidung zu den objektiven Bedingungen der Strafbarkeit.

Der Vorentwurf von 1909 behandelt in seinem § 180 den Ehebruch. Auch er verwendet den Bedingungssatz: „wenn die Ehe deswegen geschieden ist." In der Begründung heißt es: [40]) „Der § 172 StGB. läßt die Strafverfolgung wegen Ehebruchs nur eintreten, wenn die Ehe deshalb geschieden ist. Zu billigen ist hieran zunächst der Grundgedanke, daß es dem Wesen der Ehe zuwiderlaufen würde, wenn man während Bestehens der Ehe untersuchte und bestrafte. Es muß daher ausgesprochen werden, daß die Strafverfolgung von der vorherigen Trennung der Ehe abhängig ist." Der Gegenentwurf bringt in seinem § 232 keine wesentliche Aenderung. Der Kommissionsentwurf läßt den Bedingungssatz unverändert stehen. (§ 337.) Der Entwurf von 1919 bringt das Erfordernis der Ehescheidung als Prozeßvoraussetzung klar zum Ausdruck, indem er es in einem besonderen Absatz behandelt. § 339, Abs. 2 lautet: „Die Tat wird nur verfolgt, wenn die Ehe wegen des Ehebruchs geschieden ist." Die Denkschrift [41]) erwähnt ausdrücklich, daß es sich hier um eine Prozeßvoraussetzung handelt. Auch der amtliche Entwurf von 1925 bringt dies in seinem § 280, Abs. 2 klar zum Ausdruck: „Die

[40]) Begründung zum Vorentwurf von 1909, § 180, S. 583.
[41]) Denkschrift zum Entwurf von 1919, § 339.

Tat wird nur auf Verlangen des verletzten Ehegatten und nur dann verfolgt, wenn die Ehe wegen des Ehebruchs geschieden ist." Der Entwurf von 1927 hat diese Vorschrift in seinem § 312 wörtlich übernommen.

k) Die Auflösung der Ehe beim Ehebetrug, § 170 StGB.

Wer einen anderen arglistig zur Ehe verleitet usw. wird, „wenn aus einem dieser Gründe die Ehe aufgelöst wird," bestraft. Die herrschende Lehre[42]) rechnet dieses Erfordernis der Auflösung der Ehe zu den Prozeßvoraussetzungen. Auch hier entsteht aber ein Widerspruch. Die Ehe muß nicht nur gelöst werden, was für eine Prozeßvoraussetzung spräche, weil man durch ein Strafverfahren nicht das Eheleben erschüttern will, sondern sie muß gerade aus den Gründen dieses Ehebetrugs gelöst sein. Daher rechnen denn auch einige Autoren die Auflösung der Ehe zu den objektiven Bedingungen der Strafbarkeit.[43]) Aus der Stellung des Gesetzes ist aber direkt nichts zu schließen. Auch hier ist die Verbindung mit den eigentlichen Deliktsmerkmalen locker, aber sie ist vorhanden, und zwar deutlich nach dem Wortlaut des Gesetzes. Auch ist sie nicht lockerer als in den Fällen, in denen die herrschende Lehre unbedenklich den materiellen Charakter zugesteht. Gegen die prozessuale Bedeutung der Vorschrift spricht auch hier, weshalb nicht die Ehe aus einem anderen Grunde gelöst wird, der vermeintlich strafbare Ehebetrug unverfolgbar bliebe, denn von Schonung einer bestehenden Ehe kann nicht mehr die Rede sein.[44])

Der Vorentwurf von 1909 läßt in seinem § 178 keine Aenderung eintreten. Die Begründung rechtfertigt das Vorgehen.[45]) „Daß die Strafverfolgung nur auf Antrag und nicht während Bestehens der Ehe eintreten kann, entspricht dem geltenden Recht und bedarf keiner Begründung. Die Eheauflösung, die, wie bisher, nicht Tatbestandsmerkmal, sondern erste Voraussetzung der Strafverfolgung ist, erfolgt bei den in Betracht kommenden Fällen auf eine Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage." Dann wendet sich die Begründung gegen den Vorschlag von Wach,[46]) die Prozeßvoraussetzung im Text besser als solche herauszuarbeiten. „Wach tadelt in § 170 StGB., daß dort die Bedingung nicht klar vom Tatbestand

---

[42]) Frank, § 170 Anm. 2; Graf Dohna: Strafprozeßrecht, S. 50 und die dort Angeführten.

[43]) Hegler: Zeitschr. f. d. ges. Rechtswissenschaft, Bd. 36, S. 228; Gerland: Grundriß, S. 391; v. Liszt-Schmitt, S. 568; Sauer: Strafrecht, S. 361.

[44]) Sauer: Grundlagen des Prozeßrechts, S. 342.

[45]) Begründung zum Vorentwurf von 1909, S. 581.

[46]) Wach: Vergleichende Darstellung, allgemeiner Teil, Bd. 6, S. 53.

getrennt sei. Er fordert diese Trennung. Aber gerade hier . . beschränkt die Bedingung die Strafbarkeit so sehr ein, daß der erste Satz eine allgemeine Strafandrohung aussprechen müsse, welche im zweiten zum großen Teil zurückgenommen würde, was das Verständnis für den Laien erschweren könnte, und die Fassung des Paragraphen auch schwerfällig machen würde."

Der Gegenentwurf § 230 bleibt auch bei dem Satze stehen: „. . . wenn aus diesen Gründen die Ehe für nichtig erklärt wird." Der Kommissionsentwurf von 1913 kommt auch nicht zu einer Klarstellung in seinem § 335. Er erklärt den Ehebruch für strafbar, „wenn die Ehe auf Grund dieser Tatsache für nichtig erklärt worden ist." Eine bessere Herausarbeitung finden wir in § 338 des Entwurfes von 1919. Der dritte Absatz des Paragraphen lautet: „Die Tat wird nur verfolgt, wenn die Ehe auf Grund der verschwiegenen Tatsachen für nichtig erklärt worden ist." Die Denkschrift erläutert:[47]) „Die Fassung des Absatz 3 stellt klar, daß die Nichtigkeitserklärung eine Voraussetzung der Verfolgbarkeit und nicht der Strafbarkeit ist, wie dies auch für das geltende Recht überwiegend angenommen wird." Der amtliche Entwurf von 1925 regelt in seinem § 278, Abs. 3 unsere Frage. „Die Tat wird nur mit Zustimmung des Verletzten und nur dann verfolgt, wenn die Ehe auf Grund der verschwiegenen Tatsachen oder der Täuschung für nichtig erklärt worden ist." Damit ergibt sich für das zukünftige Recht, daß die Nichtigkeitserklärung beim Ehebruch eine strafprozessuale Prozeßvoraussetzung ist.[48])

2. Zu den engeren Tatumständen des § 59 StGB. gehört: Die Rechtmäßigkeit der Amtsübung in §§ 113, 117 StGB.

Nicht zu den objektiven Bedingungen der Strafbarkeit gehört die Rechtmäßigkeit der Ausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt, § 113, 117 StGB.

Das Reichsgericht nimmt dies zwar im Gegensatz zur herrschenden Meinung an.[49])

Zur Klärung dieser Streitfrage muß zunächst entschieden werden, ob die Rechtswidrigkeit allgemein zum Tatbestand gehört oder nicht. Aus der Definition Sauers, der Tatbestand ist die vertypte Rechtswidrigkeit, ergibt sich nicht, daß die Rechtswidrigkeit Tatbestandsmerkmal geworden ist. Vielmehr bleibt die Rechtswidrigkeit eine Voraussetzung des Tat-

---

[47]) Denkschr. z. Entwurf 1919, S. 238.
[48]) Vgl. E. 1927, § 311.
[49]) Binding: L.-Buch, S. 778; Beutner, S. 27; Frank, S. 282; v. Liszt, S. 792 und die dort Angeführten.

bestandes. Dieser Ansicht ist auch v. Liszt[50]): „Die Tatbestandsmäßigkeit ist das erste und strafrechtlich wichtigste Indiz für die Rechtswidrigkeit, aber ein Indiz, was trügerisch sein kann, nämlich dann, wenn ein Rechtfertigungsgrund die konkrete tatbestandsmäßige Handlung deckt". „Die Rechtswidrigkeit" ist ein Verbrechermerkmal, das logisch auf einer anderen Stufe steht als die übrigen. Sie stellt das Ergebnis eines über die übrigen gefällten Urteils dar".[51]) Anschaulich drückt das Graf Dohna aus, wenn er sagt[52]): „Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit sind zwei sich schneidende Kreise, deren gemeinsam bestrichene Fläche den Bereich der strafbaren Handlung abgrenzt".

Es fragt sich nun, ob in den Fällen, in denen das Gesetz die Rechtswidrigkeit in den Tatbestand aufnimmt (etwa durch die Worte unbefugt, rechtswidrig usw.), man hier die Rechtswidrigkeit als Tatbestandsmerkmal zu werten hat. Rein äußerlich betrachtet, könnte man die Frage bejahen. Damit hätten wir aber zwei Gruppen von Tatbeständen. Bei den einen gehörte die Rechtswidrigkeit nicht zum Tatbestand, bei den anderen wohl. Die Fälle aber, in denen das Gesetz scheindar die Rechtswidrigkeit in den Tatbestand aufgenommen hat, erweisen sich als zu unsystematisch, als daß man hieraus den Schluß ziehen könnte, die Rechtswidrigkeit gehöre in diesen Fällen zum Tatbestand. Für unseren Fall gibt Graf Dohna die Erklärung[53]): „Hätte er (der Gesetzgeber) anstatt die Notwehr ein- für allemal im allgemeinen Teil abzuhandeln, jede Tatbestandsverwirklichung nur unter der Voraussetzung mit Strafe bedroht, daß sie nicht zur Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs erfolgt, so wäre das Fehlen der Notwehr zu einem Tatbestandsmerkmal erhoben worden, und der irrige Glaube, rechtswidrig angegriffen zu sein, wäre ein den Vorsatz ausschließender Irrtum über ein Tatbestandsmerkmal. Das hat nun der Gesetzgeber aus naheliegenden Gründen vermieden. Im § 113 hat er es ausnahmsweise getan. Die Voraussetzung, daß der Beamte, wenn der ihm geleistete Widerstand strafbar sein soll, sich in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes befunden haben müsse, ist eine andere Einkleidung der negativen Voraussetzung, daß der Handelnde nicht zur Notwehr berechtigt sein dürfe; eine Erkenntnis, die wieder den psychologischen Schlüssel bietet zur immer wiederkehrenden Tendenz, dieses Merkmal als ein solches zu behandeln, auf das sich der Vorsatz des Täters nicht zu erstrecken braucht". Wir schließen uns Graf Dohna an und sehen daher in dem Ausdruck: „In rechtmäßiger Ausübung des Amtes" das Er-

[50]) Lehrbuch, S. 176.
[51]) Kommentar, S. 7.
[52]) Recht und Irrtum 1925, S. 2.
[53]) Recht und Irrtum, S. 28.

heben der Notwehr zu einem engeren Tatumstand des gesetzlichen Tatbestandes (§ 59 StGB.), auf den sich der Vorsatz zu erstrecken hat.

In diesem Sinne verstehen wir auch den Ausdruck: „Das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit," von dem wir im weiteren Verlauf der Arbeit reden werden, weil dies leichter verständlich erscheint.

Das Reichsgericht[54]) sucht seinen entgegengesetzten Standpunkt aus der Entstehungsgeschichte zu beweisen. Wir können diese Streitfrage nur kurz berühren. Der § 89 des preußischen Strafgesetzes von 1851, das der Vorgänger des Strafgesetzbuches von 1871 in Preußen war, lautete: „Wer einen Beamten, welcher zur Vollstreckung der Gesetze oder der Befehle und Anordnungen der Verwaltungsbehörden oder der Urteile und Verordnungen der Gerichte berufen ist, während der Vornahme einer Amtshandlung angreift, oder demselben durch Gewalt oder Drohung Widerstand leistet . . ." wird bestraft. Hier wurde schon bei der Beratung des Gesetzes der Antrag gestellt, die Amtshandlung dadurch zu charakterisieren, daß man den Zusatz einfügen sollte „innerhalb des Wirkungskreises", denn außerhalb ihrer Amtskompetenz brauche keiner der Behörde zu gehorchen.[55]) Der Entwurf zum Strafgesetzbuch von 1871 lautete in der uns interessierenden Stelle: „Während einer innerhalb seiner Zuständigkeit vorgenommenen Amtshandlung." Lasker brachte das Amendement, diesen Absatz zu ersetzen durch: „In rechtmäßiger Ausübung seines Amtes."

„Aus dem Gedanken, den die Vertreter in der in der zweiten Beratung angenommenen Fassung dahin ausgesprochen haben, daß es sich hier um eine Einschränkung der Pflicht auf Gehorsam gegenüber rechtsmäßiger Amtshandlungen handele, darf nicht geschlossen werden, daß nur deswegen nicht ein Tatbestandsmerkmal geschaffen werden sollte, weil dadurch der Vorsatz, der Irrtum, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit von Einfluß sein könnte, auf die Strafbarkeit und somit eine Ausdehnung der Gehorsamspflicht geschaffen wäre. Entsprechendes hat zu gelten, wenn man vom Schutz des Beamten ausgeht."[56]) Das Reichsgericht sagt:[57]) „Es bieten denn auch die Reichstagsverhandlungen keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme, daß durch die beschlossene Aenderung einem irrigen Glauben des Täters an die Rechtswidrigkeit des Handelns

---

[54]) Reichsgerichtsentscheidung in Strafsachen, Bd. II S. 425, Bd. III S. 17, Bd. 22 S. 300, Bd. 27 S. 280, Bd. 55 S. 166.

[55]) Beseler: Kommentar über das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten und das Einführungsgesetz vom 14. 4. 1851, S. 15.

[56]) Beutner: Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt 1917, S. 71.

[57]) Reichsgerichtsentscheidung in Strafsachen, Bd. 3 S. 19.

des Beamten ein Einfluß auf die Strafbarkeit des Widerstandes habe zugestanden werden sollen." Wenn dies eben nicht erwähnt ist, so liegt gerade darin die Genehmigung des allgemeinen Grundsatzes der Schuldhaftung, denn sollte § 59 bei dem Tatumstand der „Rechtsmäßigkeit" keine Anwendung finden, so hätte gerade diese Ausnahme Erwähnung finden müssen. Für die Beurteilung des Täters ist es keineswegs bedeutungslos, ob er den Tatumstand der „Rechtsmäßigkeit" kannte oder nicht. Im letzteren Falle ist er kein Rechtbrecher, der die Strenge des Gesetzes herausfordert. Binding urteilt scharf über die Auslegung des Reichsgerichts: „Man sollte es nicht für möglich halten, und es ist ein Beweis dafür, was eine im Vorurteilen befangene Praxis in Mißdeutung eines ganz klaren Gesetzes leisten kann, daß man, um ein Stück des alten Polizeistaates zu retten und eine Schutzwehr der Bürokratie zu erhalten, dem energisch erkämpften Requisit der Rechtsmäßigkeit der Amtsausübung die Qualität eines Bestandteils des Tatbestandes absprach, und darin keinen Tatumstand im Sinne des § 59 erblicken wollte. Mit genau demselben Recht kann man die Tödlichkeit der Handlung als Tatbestandsmerkmal des Tötungsverbrechens verneinen."

Dieser Angriff geht allerdings etwas zu weit. Die Rechtssprechung des Reichsgerichts konnte zu dieser Ueberzeugung gelangen, weil erstens Unklarheit über die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit überhaupt herrschte und zweitens, wie wir oben angeführt haben, die Rechtmäßigkeit nicht ohne weiteres als Tatbestandsmerkmal gewertet werden darf.

Das Reichsgericht sucht seine Auslegung auch besonders aus kriminell-politischen Gründen zu rechtfertigen, die an sich richtig sein mögen. Der Strafschutz des Beamten könne nämlich nicht abhängig gemacht werden von den vagen Vorstellungen eines Laien über die Rechtmäßigkeit der Amtshandlungen. Die starke Berücksichtigung dieses kriminal-politischen Gedankens, der weder im Gesetz noch in den Motiven klar zum Ausdruck gekommen ist, kann leicht zu einer unsicheren Abgrenzung zwischen Legislative und Exekutive führen. In der Tat, bei der Auslegung des § 117 StGB., dem Widerstand gegen Forstbeamten, haben wir hierfür ein Beispiel. Während das Reichsgericht beim Widerstand gegen Forstbeamte die Rechtmäßigkeit der Amtshandlung als objektive Bedingung der Strafbarkeit bewertet, muß das Verschulden des Täters beim Widerstand gegen einen Waldeigentümer usw. hier sonderbarerweise das Bewußtsein der Rechtsmäßigkeit umfassen, trotzdem weder Gesetz noch Motive die ungleiche Behandlung vorsehen.[58])

[58]) Reichsgericht in Strafsachen, Bd. 38 S. 376, Bd. 20 S. 156; Leipziger Zeitschr. 1920, S. 715.

Die Entwürfe wollen die Rechtssprechung des Reichsgerichts gesetzlich sanktionieren. Der Vorentwurf von 1909 bringt noch im Tatbestand seines § 226 keine wesentliche Klärung in unserer Frage. Zwar wird der Widerstand gegen die Staatsgewalt § 113 StGB. und der Widerstand gegen Jagdberechtigte § 117 StGB. zusammen in § 126 behandelt, und bei den ersteren „rechtmäßige Amtshandlung", bei den letzteren „rechtmäßige Ausübung des Amtes" verlangt, ohne daß aber klar zum Ausdruck kommt, ob es sich hier um eine objektive Bedingung der Strafbarkeit handelt oder nicht. Der Gegenentwurf von 1911 § 116 in Verbindung mit § 20 fordert, daß der Beamte innerhalb seiner Zuständigkeit und unter Beobachtung der wesentlichen Form gehandelt hat. Der Täter kann sich nicht mehr darauf berufen, daß er die Amtshandlung für sachlich ungerechtfertigt halte. Der Kommissionsentwurf von 1913 hebt in seinem § 191 die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung als objektive Bedingung der Strafbarkeit hervor, indem er sie in einem besonderen Schlußabsatz behandelt. „Die Hinderung an einer Amts- oder Diensthandlung und der tätliche Angriff sind nur dann strafbar, wenn die Amts- oder Diensthandlung rechtmäßig war."

Der Entwurf von 1919 behandelt den Widerstand gegen die Staatsgewalt bei der irrigen Annahme des Täters, die Amtshandlung sei nicht rechtmäßig, in einem gesonderten § 185, und straft hier geringer. Die Denkschrift [59]) führt aus: „Eine solche irrige Annahme schützt nach der Auslegung, die die Praxis dem geltenden Recht gibt, den Täter nicht vor einer Bestrafung aus § 113 StGB. Nach den Regeln, die der Entwurf über den Vorsatz enthält, würde eine entsprechende Auslegung des § 184 nicht möglich sein. Andererseits ist nicht zu verkennen, daß der heutigen Rechtsprechung ein gesunder Gedanke zu Grunde liegt. Ob ein Beamter, der sein Amt rechtmäßig ausübt, hierbei den Strafschutz der Gesetze genießt oder nicht, darf nicht von den unter Umständen gänzlich grundlosen und haltlosen Vorstellung abhängen, die sich ein anderer über die Rechtsmäßigkeit der Amtsausübung macht."

Der amtliche Entwurf von 1925 macht dagegen die Rechtsmäßigkeit wieder zu einer objektiven Bedingung, § 141, Abs. 3. Die Begründung führt aus: [60]) „Streit herrscht nach geltendem Recht darüber, ob die Rechtmäßigkeit vom Vorsatz des Täters umfaßt sein muß. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts verneint die Frage. Der Entwurf schließt sich dieser Auffassung an und bezeichnet in § 141 die Rechtmäßigkeit der Amts- oder Diensthandlung als Bedingungen der Strafbarkeit." Diesem Vorgehen ist der Entwurf von 1927 in § 149 mit der gleichen Begründung gefolgt.

[59]) Denkschrift zum Entwurf v. 1919, § 185.
[60]) Begründung zum amtlichen Entwurf 1925, § 141.

3. Die strafprozessualen Prozeßvoraussetzungen außerhalb der Strafprozeßordnung.

Hierunter fassen wir folgende Fälle:

a) Der Antrag, § 61 ff. StGB.

Wir haben in unserem Strafgesetzbuch zahlreiche Fälle, in denen ein Strafantrag gefordert wird; so bei: Der Bestrafung von Neubürgern bei Auslandsverbrechen, § 4, strafbaren Handlungen gegen befreundete Staaten, § 102/103, dem Hausfriedensbruch, § 123, der Ehescheidung, § 170, dem Ehebruch, § 172, bei Beischlaferschleichung, § 179, der Verführung, § 182, der Verleumdung, § 189, der Beleidigung, §§ 194 bis 96, der leichten Körperverletzung, § 223, der Entführung, § 237, dem Diebstahl und der Unterschlagung gegen Angehörige, § 247, dem Betrug gegen Angehörige, § 263, der Vollstreckungsvereitelung und der Pfandkehr, § 288/89, dem Jagdfrevel, § 292, der Verletzung des Briefgeheimnisses, § 299, der Verletzung des Berufsgeheimnisses, § 300, der Ausbeutung Minderjähriger, § 301/2, der Sachbeschädigung, § 303, im Genuß- und Futterdiebstahl, § 370, Ziffer 5 und 6, durch die Novelle von 1912, den Notdiebstahl, § 249a, § 264a, den Notbetrug. Ferner finden wir den Antrag noch in zahlreichen Nebengesetzen.[61])

Es läge nun nahe, schon rein äußerlich betrachtet, den Strafantrag zum materiellen Recht zu zählen. Stehen doch die grundlegenden Bestimmungen im § 4 des Strafgesetzbuches unter dem Titel „Gründe, welche die Strafe ausschließen oder mildern." Aber ebenso gut könnte man aus dem Wortlaut des § 61: „Eine Handlung, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, ist nur zu verfolgen ...," schließen, daß es sich hier um eine Voraussetzung der prozessualen Verfolgbarkeit handele. Diese reine äußerliche Betrachtungen führt also nicht zum Ziel. Ist doch mit dem Wort „Verfolgung" kein technischer Sinn verbunden, was sich besonders aus den §§ 63, 64 ergibt, wo im gleichen Sinne das Wort Bestrafung gebraucht wird.

Einen Fingerzeig könnte der Artikel 3 des EG. zur Strafgesetznovelle vom 26. Februar 1876 liefern. Durch die Novelle wurden verschiedene Antragdelikte abgeschafft. Der Artikel 3 regelt nun den Fall, daß vor dem Inkrafttreten der Novelle eine strafbare Handlung, für die bisher ein Antrag notwendig war, begangen worden ist. Es wird festgestellt, daß auch jetzt noch ein Antrag für das ehemalige Antragsdelikt erforderlich ist, wenn es nach Inkrafttreten der Novelle verfolgt wird. Aus den Verhandlungen ist nicht klar zu erkennen, welche Vorstellung die Reichstagskommission über den

[61]) Aufgezählt in der Begründung zum Vorentwurf von 1919, S. 268, Note 2.

Strafantrag gehabt hat. Aber die Bestimmung wäre unverständlich, wenn die Kommission den Strafantrag für eine Bestimmung des materiellen Rechts gegolten hätte. Denn dann ergäbe sich bereits ohne besondere Erwähnung aus § 2, Abs. 2 StGB. die später erst erfolgte Regelung. Das ältere Recht, das ja das mildere war, wäre anzuwenden gewesen. Aber auch aus der Betrachtung der §§ 127, Abs. 3, 130, 260, Abs. 2 StPO. ergibt sich die Zugehörigkeit des Strafantrags zum Prozeßrecht. Läge vor der Stellung des Antrags keine strafbare Handlung vor, so wäre es undenkbar, daß die vorläufige Festnahme des § 127 StPO. und der Erlaß eines Haftungsbefehls, § 130 StPO. möglich wäre. Wenn außerdem noch § 260, Abs. 2 StPO. ausdrücklich erklärt, daß beim Fehlen des Antrags das Verfahren einzustellen ist, so deutet dies auf eine prozeßrechtliche Natur der Vorschriften über den Strafantrag hin. Andernfalls müßte beim Fehlen des Antrags, weil ein Mangel im Tatbestand vorläge, Freispruch erfolgen. Zu dem Prozeßrecht rechnet den Antrag die herrschende Lehre.[62])

Aber auch eine große Gruppe sieht im Antrag eine Vorschrift des materiellen Rechts.[63]) Diese Annahme kollidiert mit den Vorschriften über die Verjährung. Entstände die strafbare Handlung erst mit der Stellung des Antrags, dann müßte auch jetzt erst die Verjährung beginnen. Damit ständen die Antragsdelikte bedeutend ungünstiger als die von Amtswegen zu verfolgenden. Dies widerspricht aber der Absicht des Gesetzgebers. Wenn Binding[64]) dies zugibt, aber einwendet, daß durch die positive Vorschrift des § 67 StGB. dies eben anders geregelt sei, weil „die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem die strafbare Handlung begangen ist," so kommt er damit zu der seltsamen Konsequenz, daß die Verjährung eines Strafanspruchs sich vollenden könne, bevor er überhaupt entstanden ist. Auch fehlt es nicht an Autoren, die ein gemischt-rechtliches Verhältnis annehmen.[65]) Hierdurch wird aber der Unterschied zwischen Prozeßvoraussetzung und objektiver Bedingung der Strafbarkeit verwischt. De lege ferenda müßten allerdings die Antragsdelikte in zwei Gruppen zerlegt werden, die eine verschiedene Behandlung erfordern.

1. Die Verletzung gewisser Rechtsgüter hat für die Rechtsordnung nur dann Bedeutung, wenn der Verletzte die Tat als Verletzung empfindet. So z. B. bei der Beleidigung oder leichten Körperverletzung. Hier wäre es angebracht, den Antrag als Bedingung der Strafbarkeit aufzufassen.

---

[62]) Bennecke-Beling, S. 224; Frank, S. 192; Graf Dohna: Prozeßrecht, S. 50; v. Damm: Zeitschr. f. d. ges. Rechtswissenschaft, Bd. 36 S. 345; RGSt. 2, S. 221, 6 S. 161, 57 S. 143.

[63]) Köhler: Lehre v. Strafantrag, S. 14; v. Kirchenheim, S. 65; v. Bar: Gesetz usw. III, S. 297; Kammerger. HR. 3, S. 88.

[64]) Grundriß, S. 164.

[65]) Könders Gr., S. 83, S. 297.

2. Der Fall, daß das Staatsinteresse an der Verfolgung mit dem Interesse des Einzelnen an der Nichtverfolgung kollidiert, z. B. bei der Verführung eines noch nicht 16 Jahre alten Mädchens. Hier setzt der Staat ein Interesse des Einzelnen an dem Unterbleiben der Gerichtsverhandlung voraus. Wenn der Strafantrag erklärt wird, so sagte damit der Verletzte, daß bei ihm im vorliegenden Einzelfalle dies Individual-Interesse nicht vorhanden ist.[66]) Aber der Gesetzgeber hat diese beiden Fälle nach unserem heutigen Recht keiner Sonderbehandlung unterworfen. Daher geht es nicht an, sie einerseits so, andererseits so zu behandeln. v. Bar führt aus: „Danach bildet der Strafantrag allerdings eine Prozeßvoraussetzung im Strafverfahren. Aber diese Prozeßvoraussetzung ist aus Gründen des materiellen Rechts eingeführt. Sie hat überhaupt nichts zu schaffen mit prozessualen Zwecken irgendwelcher Art . . . Es muß daher davon ausgegangen werden, daß der Strafantrag seinem Wesen nach ein Institut des materiellen Rechts ist und daß seine gleichzeitige Eigenschaft als Prozeßvoraussetzung nur dazu dienen soll, den materiellen Zweck des Gesetzgebers um so besser erreichen zu lassen. Die juristische Deduktion hat also überall auszugehen von der materiell-rechtlichen Natur des Strafantrags und daraus die Konsequenzen zu ziehen und diese Konsequenzen nur aufzugeben, wo sie mit Prozeßvoraussetzungen durchaus unvereinbar sind. Dieser Fall trifft aber, wie er scheint, niemals zu".[67])

Daß es richtig wäre, bei einem Teil der Antragsdelikte, sie materiell zu orientieren, aber lange nicht bei allen, haben wir oben angeführt. Aber es geht nicht an, sie seinerseits als Prozeßvoraussetzungen zu werten, anzuerkennen, daß der Gesetzgeber es getan hat und dann aus Gründen, die den Gesetzgeber hierzu bewogen, — Gründe, an deren Beweis übrigens noch gezweifelt werden kann — sie zum materiellen Recht zu zählen. Das hieße geradezu die Motive zum Gesetz machen. Schoelkens[68]) führt gegen den gemischt rechtlichen Charakter des Antrags aus: „Ich halte es nicht für richtig, den prozessualen Charakter zu betonen und lediglich um der materiellen Folgen willen den Strafantrag, sowohl dem materiellen als auch dem prozessualen Recht zuzuweisen. Oder letzteres auch bei Betonung des materiellen Charakters lediglich wegen einer prozessualen Einkleidung. Da in beiden Fällen, hier die prozeßrechtliche Einkleidung, einer reinen Aeußerlichkeit des Gesetzes, dort den materiellen Folgen eine unangemessene Bedeutung beigelegt wird. Man kann den Antrag füglich nur dem materiellen oder nur dem prozessualen Recht

---

[66]) v. Liszt-Schmitt, S. 283 ff.
[67]) v. Bar: Gesetz u. Schuld III, S. 19.
[68]) Schoelkens, S. 24.

zuweisen, wenn man anerkennt, daß das Antragsrecht dem Grunde nach materiell oder prozessual ist."

Der Vorentwurf hat in seinem § 71 eine ganz ähnliche Regelung getroffen, wie im heutigen § 61 StGB. Auch bezüglich der Auswahl der Antragsdelikte schließt er sich eng an das geltende Strafrecht. Die Begründung zum Vorentwurf [69]) berührt unsere Streitfrage. Auch der Vorentwurf geht von der Annahme von Prozeßvoraussetzungen beim Antrag aus. Für die Verjährung, so stellt die Begründung ausdrücklich fest, ergibt sich daraus, daß der Zeitpunkt der Vornahme der Handlung maßgebend ist und nicht der Zeitpunkt der Stellung des Antrags. Bezüglich einer gesonderten Behandlung der beiden Gruppen von Antragsdelikten sagt die Begründung [69]): „Die Auffassung des Antrags als Bedingung des Strafklagerechts, als sogenannte Prozeßvoraussetzung, gilt für alle Antragsdelikte. Von beachtenswerter Seite ist angeregt worden, die Antragsdelikte nach dem Grunde, der zu ihrer Aufstellung geführt hat, in zwei Gruppen zu sondern, von denen die einen Fälle umfaßt, in denen der Staat ein Einschreiten davon abhängig macht, daß der Verletzte die Rechtsgüterverletzung als solche empfindet, die anderen die Fälle, in denen der Staat sein Interesse an der Strafverfolgung dem Interesse des Verletzten an der Nichtverfolgung unterordnet, und für die erste Gruppe den Antrag als Bedingung der Strafbarkeit, für die zweite aber als Prozeßvoraussetzung zu behandeln. Zu dieser Unterscheidung, aus der sich für die erste Gruppe die weittragendsten Folgen ergeben würden, liegt jedoch kein genügender Anlaß vor. Denn für beide Gruppen kommt dem Antragerfordernis trotz des verschiedenen Grundes der Aufstellung doch dieselbe Bedeutung zu. Diese besteht überall darin, daß der Staat seinen Strafanspruch nur dann verwirklichen will, wenn ihm die Erklärung des Verletzten die Gewißheit gibt, daß bei diesem das Bedürfnis vorhanden ist, Genugtuung durch Bestrafung des Schuldigen zu verlangen. Und sie ändert sich nicht dadurch, daß die Erklärung des Verletzten bei der ersten Gruppe das Bestehen des Bedürfnisses, bei der zweiten aber außerdem noch eine besondere Stärke desselben, sein Ueberwiegen über die Besorgnis vor etwa aus der Strafverfolgung entstehenden Nachteilen, zum Ausdruck bringt."

Entgegen der irreführenden Unterordnung des Antrags unter „Gründe, welche die Strafe ausschließen oder mildern," widmet der Vorentwurf dem Antrag einen besonderen Abschnitt. Allerdings glaubt der Entwurf nicht darauf verzichten zu können, diese Vorschriften über den Strafantrag im

[69]) Begründung zum Vorentwurf von 1909, § 71, S. 260.

Strafgesetzbuch aufzuführen[70]): „Insoweit der Antrag Bedingung des Strafklagerechts ist, gehört er gleich allen Prozeßvoraussetzungen dem Prozeßrecht an. Da durch das Antragserfordernis aber gleichzeitig die Strafpflicht des Staates beschränkt wird, so kommt ihm neben der prozeßrechtlichen auch materielle Bedeutung zu. Aus diesem Grunde rechtfertigt es sich denn auch, die Vorschriften über den Antrag nicht ganz in die Prozeßordnung zu verweisen, wie dies die (damals) neuen Strafgesetzbücher Rußlands und Japans tun, und wie es auch für das neue Deutsche Strafgesetzbuch befürwortet worden ist, sondern wie bisher im Strafgesetzbuch nicht nur über die Fälle, in denen die Strafpflicht des Staates durch den Antrag bedingt sein soll, sondern auch darüber Bestimmungen zu treffen, binnen welcher Frist das Antragsrecht auszuüben ist, wem dasselbe zusteht, und welche Wirkung die Stellung sowie die Zurücknahme des Antrags äußert."

Die weiteren Entwürfe behalten die Regelung bei, den Antrag einem besonderen Abschnitt zuzuweisen. Der Gegenentwurf von 1911 bringt in seinem § 137 bezüglich unserer Frage nichts Neues, die Begründung erwähnt unsere Streitfrage nicht. Der Kommissionsentwurf von 1913 bleibt in seinen §§ 45 bis 48 in unserer Frage bei der Regelung des Entwurfs von 1909 stehen. Ebenso der Entwurf von 1919 in seinen §§ 38 bis 41. Die Begründung[71]) erwähnt ausdrücklich, daß der Strafantrag, wie im bisherigen Recht, zu den Prozeßvoraussetzungen gehört.

Im amtlichen Entwurf von 1925 finden wir die besonderen Vorschriften über den Strafantrag nicht mehr. Aus der Begründung ergibt sich,[72]) daß sie als reine Prozeßvorschriften dem Prozeßrecht zugewiesen werden sollen. Der Entwurf bezeichnet die Willenserklärung des Verletzten teils als Verlangen, teils als Zustimmung. Man könnte diese Unterscheidung billigen. Wenn der Verletzte bei der einen Gruppe der Rechtsgüterverletzungen eine solche nicht empfindet, so liegt in etwa eine Billigung der Handlung darin, daß er keinen Strafantrag stellt. Dann muß aber auch nach dem Grundsatz volenti non fiat injuria hier überhaupt keine Straftat vorliegen, und dies ist zweifellos ein bedeutender Unterschied gegenüber der zweiten Gruppe, indem die Willenserklärung eine Prozeßvoraussetzung darstellt. Leider behandelt aber der amtliche Entwurf von 1925 beide Gruppen als Prozeßvoraussetzungen, und nicht auch teils als objektive Bedingungen der Strafbarkeit. Man kann sich daher den Ausführungen Mamroths anschließen: Die Zustimmung „bedeutet im Gegensatz zu den

[70]) Begründung zum Vorentwurf von 1909, § 71, S. 269.
[71]) Denkschr. z. Entwurf v. 1919, § 38, S. 49.
[72]) Begründung zum amtlichen Entwurf 1925, S. 5.

Fällen, in denen vom Verlangen des Verletzten eine Strafverfolgung abhängig gemacht wird, daß zwar zunächst eingeschritten wird, die Verfolgung aber zu unterbleiben hat, oder einstweilen einzustellen ist, wenn der Verletzte seine Zustimmung versagt. Ob diese Unterscheidung, die der Entwurf an Stelle der Antragsbefugnis einführt, erforderlich und zweckmäßig ist, kann zweifelhaft erscheinen." [73]) Die Ausführungen des Entwurfs von 1927 [74]) stimmen in unserer Frage mit dem amtlichen Entwurf von 1925 überein.

b) Die Ermächtigung.

In drei Fällen macht das Strafgesetzbuch die Verfolgung von einer Ermächtigung abhängig, und zwar in den §§ 99, 101, 197. Die §§ 99 und 101 sind heute gegenstandslos geworden. Bei der Ermächtigung wird auch, wie beim Antrag, der Strafanspruch bejaht, das Strafbedürfnis nur unter Vorbehalt anerkannt. Man geht dabei von der Erwägung aus, daß beachtenswerte Gründe im Einzelfalle entgegenstehen können. Durch die Erteilung des Antrags- und Ermächtigungsrechtes wird die Erledigung dieses Vorbehalts ins Prozeßrecht verwiesen. So erklärt sich der Gegensatz zwischen dem vorhandenen Strafanspruch und der Klagebefugnis. Wenn dem Staat durch Antrag oder Ermächtigung im Einzelfalle das Strafbedürfnis bewiesen ist, entsteht erst die Klagebefugnis. Beim Stellen des Antrags wird das öffentliche Interesse des Verletzten oder sein Nichtinteresse an der Nichtverfolgung mitbestimmt. Dagegen geht die Ermächtigung von anderen Voraussetzungen aus. Hier besteht nur das Bedürfnis, die Autorität der gesetzgebenden Versammlung usw. gegen ungebührliche Angriffe zu schützen, wenn die Versammlung es selbst für nötig hält. Die Ermächtigung bedeutet Machtgeben. Sie vollzieht sich nicht, wie beim Antrag, durch Nachsuchen, sondern durch autoritatorische Entscheidung. Die Unterscheidung zeigt sich vor allem im folgenden: Bei der Beleidigung von Privaten ist der Antrag nur eine conditio sine qua non für die staatliche Strafverfolgung. Aber damit ist noch nichts über das Vorhandensein eines öffentlichen Interesses entschieden. Noch kann der Antragsteller mangels öffentlichen Interesses auf den Privatklageweg verwiesen werden. Nach erteilter Ermächtigung steht aber dem Staatsanwalt die Entscheidung darüber, ob ein öffentliches Interesse besteht oder nicht. nicht mehr zu. Diese Entscheidung liegt eben in der Ermächtigung.[75]) So erklärt sich auch die Unwiderruflichkeit der Ermächtigung. Es bleibt bei der autoritativen Feststellung im

[73]) Reform 1926, S. 371.
[74]) Entwurf von 1927, S. 6.
[75]) Oetker: Strafantrag u. Verjährung, Reform 1910, S. 295, Anm. 1.

Einzelfalle, daß ein öffentliches Interesse vorhanden war. Die Antragsfristen und -Formen gelten für die Ermächtigung nicht. Für die Unteilbarkeit spricht schon die Entscheidungsnatur der Ermächtigung. Der dem Staatsanwalt vorgelegte Tatbestand ist für verfolgungsbedürftig erklärt worden. Daß die Beteiligten dabei nicht bekannt waren, spielt hier keine Rolle.

Indem wir die Ermächtigung als Nachweis des Strafbedürfnisses bei entstandenem Strafanspruch auffassen, ergibt sich ihre Zugehörigkeit zum Prozeßrecht. Mit der herrschenden Lehre zählen wir die Ermächtigung zu den Prozeßvoraussetzungen.[76])

Der Vorentwurf macht in seinem § 264 (Beleidigung gesetzgebender Versammlungen und anderer politischen Körperschaften) auch die Verfolgung abhängig von einer Ermächtigung. Der Gegenentwurf von 1911 streicht in seinem § 287 das Erfordernis der Ermächtigung. Die Begründung[77]) führt aus: „Im dritten Absatz ist an die Stelle der Ermächtigung das Antragserfordernis gesetzt worden. Der Gegenentwurf hat keinen Grund gesehen, den Zwitterbegriff „Ermächtigung" in diesem einzigen Falle beizubehalten, kann doch der Strafantrag eingeholt werden."

Der Kommissionsentwurf von 1913 führt den Begriff der Ermächtigung in seinem § 350 wieder ein. Der Entwurf von 1919 § 350 macht gleichfalls die Verfolgung abhängig von einer Ermächtigung. Der amtliche Entwurf von 1925 fordert für die Verfolgung der Beleidigung verfassungsmäßiger Körperschaften die Zustimmung der Körperschaften § 100, Abs. 3. Der Entwurf von 1927 steht auf demselben Standpunkt § 322, Abs. 3.

c) Die Erledigung eines präjudiziellen Verfahrens. §§ 164, 191 StGB.

Bei der falschen Anschuldigung § 164 StGB. soll mit dem Verfahren innegehalten werden, bis das Verfahren, daß auf Grund der falschen Anschuldigung erfolgte, erledigt ist. Dasselbe gilt, wenn auf Grund einer falschen Anschuldigung eine Beleidigungsklage angestrengt worden ist, § 191 StGB. Da wir mit der herrschenden Meinung die Prozeßvoraussetzungen als Voraussetzungen einer Sachentscheidung auffaßten, liegt auch hier eine solche Prozeßvoraussetzung vor, denn zur Sache kann erst entschieden werden, wenn das präjudizielle Verfahren erledigt ist. Bis dahin liegt ein Prozeßhindernis vor, daß wir zu den (negativen) Prozeßvoraussetzungen rechnen.[78])

[76]) Frank, § 197, Anm. 2; Graf Dohna: Strafprozeßrecht, S. 48; Gerland: Strafprozeß, S. 301; Rittler, S. 339; Sauer: Strafrecht, S. 354; v. Liszt-Schmitt, S. 282.

[77]) Begründung zum Gegenentwurf v. 1911, § 287, S. 270.

[78]) So die herrschende Lehre Graf Dohna: Prozeßrecht, S. 49; Sauer: Strafrecht, S. 328; Frank, S. 360, 415; Rittler, S. 339.

Die Regelung eines präjudiziellen Verfahrens, §§ 194, 191 StGB., ist in keinem der Entwürfe übernommen worden. Die Begründung zum Vorentwurf führt aus: [79]) „Nach dem § 164, Abs. 2 des geltenden Strafgesetzbuches soll mit dem Verfahren und mit der Entscheidung über die falsche Anschuldigung innegehalten werden, solange ein infolge der gemachten Anzeige eingeleitetes Verfahren anhängig ist. Diese Vorschrift hat der Entwurf nicht wiederholt, da sie prozeßrechtlicher Natur ist. Die Entscheidung der Frage, ob es angebracht ist, das richterliche Ermessen in der erwähnten Hinsicht einzuschränken, gehört nicht ins materielle Strafrecht."

d) Der Vorentscheid der Behörde nach § 11 EGGVG.

Aus staatlichem Interesse ist die Verfolgung öffentlicher Beamten an den Vorentscheid einer besonderen Behörde gebunden. Dies ist eine Ausnahme, die nur unter drei Voraussetzungen möglich ist.

1. Die Vorentscheidung darf sich nur mit der objektiven Feststellung befassen, ob der Beamte sich einer Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse oder einer Unterlassung einer Amtshandlung schuldig gemacht hat.

2. Diese Vorschrift muß schon landesrechtlich vor der Einführung der Strafprozeßordnung bestanden haben.

3. Diese Vorentscheidung muß von einem obersten Verwaltungsgerichtshof des Landes oder des Reichsgerichts getroffen worden sein.

Auch hier nehmen wir mit der herrschenden Lehre eine Prozeßvoraussetzung an.[80])

e) Die Genehmigung des Parlaments nach Artikel 37 Reichsverfassung. § 6 No. 1 EG. StPO.

Der Abgeordnete darf während der Sitzungsperiode ohne Genehmigung des Hauses nicht strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Hierunter fällt nicht die Immunität der Meinungsäußerung nach Art. 36 RV. Diese ist überhaupt straffrei. Eine Ausnahme von der Immunität der Freiheit Art. 37 besteht nur dann, wenn der Abgeordnete bei der Verübung der Tat oder im Laufe des folgenden Tages festgenommen wird. Allerdings muß auf Verlangen des Hauses die Beschränkung der Freiheit aufgehoben werden.

Die Genehmigung zur strafrechtlichen Verfolgung des Abgeordneten während der Sitzungsperiode ist eine Prozeßvoraussetzung, denn ohne ihr Vorliegen darf zur Sache nicht entschieden werden.

---

[79]) Begründung zum Vorentwurf v. 1909, S. 561.

[80]) Graf Dohna: Strafprozeßrecht, S. 50; Frank, S. 141; v. Liszt-Schmitt, S. 282; Sauer: Strafrecht, S. 353.

f) Die Zustimmung des Reichstags zu der strafrechtlichen Verfolgung des Reichspräsidenten. Art. 43 III RV.

Nach den alten Verfassungen war die Person des Landesherrn für unverletzlich erklärt. Diese Unverletzlichkeit war ein bedingter Strafausschließungsgrund. Gegen den Monarchen entstand nie ein Strafanspruch. Nach Art. 43 RV. entsteht der Strafanspruch des Staates, aber es darf eine Strafverfolgung nur mit Zustimmung des Reichstages während der Amtsdauer gegen den Präsidenten stattfinden. Ohne diese Voraussetzung darf keine Sachentscheidung ergehen. Auch hier ist eine strafprozessuale Prozeßvoraussetzung gegeben.[81])

g) Die Ehe zwischen Entführer und Entführter. § 238 StGB.

Der § 238 lautet: „Hat der Entführer die Entführte geheiratet, so findet die Verfolgung nur statt, nachdem die Ehe für nichtig erklärt worden ist." Hier nimmt die herrschende Meinung eine Prozeßvoraussetzung an. Anderer Ansicht sind nur Hegler,[82]) v. Liszt-Schmitt[83]) und Sauer.[84]) Hier wird man aber an einem Vorliegen einer Prozeßvoraussetzung nicht zweifeln können. Hat doch der Gesetzgeber an dieser Stelle in einem besonderen Paragraphen, nachdem die Strafandrohung schon vorausgegangen ist, die Folgen der Ehe zwischen Entführer und Entführter besonders geregelt, so daß ein weit größerer Abstand von der Rechtswidrigkeit gegeben ist, als dies bei den objektiven Bedingungen der Strafbarkeit der Fall ist. Allerdings darf man hier keine Analogie ziehen zu dem Ehebruch und dem Ehebetrug. Außerdem daß dort das Erfordernis der Ehescheidung in demselben Tatbestand untergebracht ist, fordert das Gesetz doch noch einen Causalzusammenhang zwischen Ehebetrug bezw. Ehebruch und dem Ereignis, daß der Gesetzgeber als Zeichen für die Allgemeinschädlichkeit erklärte. Zu welcher Verwicklung eine materiell-rechtliche Auffassung bezüglich des § 238 StGB. führt, hat Beling gezeigt.[85]) „Nebenbei bemerkt, ist theoretisch denkbar, daß der Strafaufhebung selbst wieder ein Ziel gesetzt ist, so daß der Eintritt eines bestimmten Ereignisses die Tat wiederum strafbar macht, den Strafanspruch erzeugt. Dieses Ereignis ließe sich passend als Strafneuerungsgrund bezeichnen. Ihrem Wesen nach würden die Strafneuerungs-

[81]) Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. 1926. S. 159.

[82]) Hegler: Zeitschr. f. d. ges. Rechtswissenschaft, Bd. 36, S. 228.

[83]) v. Liszt-Schmitt, S. 104.

[84]) Prozeßrecht, S. 341.

[85]) Beling: Lehre vom Verbrechen, S. 65.

bedingungen zu den tatbestandsfremden Sachverhaltsbedingungen gehören, und die Besonderheit aufweisen, daß sie nur bei dem vorherigen Eintritt der Strafaufhebungsgründe in Betracht kämen. Ein Beispiel könnte man vielleicht in § 238 StGB. finden wollen. Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten: Strafaufhebungsgrund; Nichtigkeitserklärung der Ehe: Strafneuerungsgrund. Allein die ganze Konstruktion: Strafbarkeit — Nichtstrafbarkeit — Wiederstrafbarkeit — ist so künstlich, daß man sich kaum zu ihr wird entschließen können. Man könnte dabei geradezu vom Spiel mit der Strafbarkeit sprechen. Viel natürlicher ist die Auffassung, daß § 238 StGB. rein prozessualen Inhalts ist. Die Entführung ist und bleibt strafbar, mag hinterher Eheschließung und Ehenichtigkeitserklärung erfolgen oder nicht. Nur ist der Eheschluß ein Prozeßhindernis, die Nichtigkeitserklärung ein — wenn man so sagen darf — Strafklagerechts- oder Prozeßneuerungsgrund . . . Ein Untergehen und Wiederaufleben der rechtlichen Verfolgungsmöglichkeit hat nichts Befremdendes, weil die Verfolgung von äußeren Umständen viel mehr abhängt, als die Strafbarkeit selber."

Der § 238 des Vorentwurfs von 1909 lautet: „Hat in den Fällen der §§ 236/37 (Entführung Willenloser und Minderjähriger) der Entführer die Entführte geheiratet, so findet die Verfolgung nur statt, nachdem die Ehe für nichtig erklärt worden ist." Der Gegenentwurf von 1911 fordert dagegen in seinem § 235 hier eine Bedingung der Strafbarkeit. In der Begründung heißt es: [86]) „Der dritte Absatz wiederholt die Bestimmungen des § 38 Vorentwurf, indem er statt „Verfolgungen" das Wort „Bestrafung" einsetzt, das den legislatorischen Gedanken unzweideutig wiedergibt. Daß es sich nicht um eine Bedingung der Strafbarkeit handelt, hat der Vorentwurf § 248, Abs. 3 (Verführung unbescholtener Mädchen) ausdrücklich anerkannt. (Vergl. Begründung zum Vorentwurf S. 581, Anm. 3 und diese Anm. 3 selbst, wo freilich die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit identifiziert erscheinen)."

Bei dieser Regelung bleibt der Entwurf von 1919 in seinem § 309 stehen. Die Begründung führt aus: „Heiratet der Entführer die Entführte, so entfällt nach § 238 des StGB. die Verfolgbarkeit der Tat, solange die Ehe nicht für nichtig erklärt worden ist. Entsprechend den Beschlüssen der Strafrechtskommission hat der Entwurf diese Verfahrensvorschrift zu einem auflösend bedingten sachlichen Strafaufhebungsgrund gemacht. Das hat zur Folge, daß während des Bestehens der Ehe die Antragfrist nicht läuft, da der Antragberechtigte jedenfalls solange an der Ausübung des Rechtes verhindert ist,

---

[86]) Denkschr. z. Entwurf v. 1919, § 309.

als die Tat überhaupt nicht bestraft werden kann, daß andererseits die Verjährung nicht durch das Bestehen der Ehe gehemmt wird, weil nach § 123 nur Prozeßhindernisse die Verjährung ruhen lassen."

Der amtliche Entwurf von 1925 macht das Erfordernis der Eheschließung wieder zu einem auflösenden Verfolgungshindernis (§ 250, Abs. 3). Bei dieser Regelung bleibt der Entwurf von 1927 in § 276, Abs. 3.

4. Eine Vorschrift des materiellen Rechts dagegen ist die Verjährung. §§ 66/72 StGB.

Hier gelangen wir auf ein heiß umstrittenes Gebiet. Teils wird die Verjährung als ein materiell-rechtliches,[87]) teils als ein prozessuales,[88]) teils als ein gemischt-rechtliches[89]) Institut aufgefaßt.

Gegen die prozessuale Natur spricht der Grundsatz der Verjährung. Der Einfluß der Zeit ist oft von der Gesetzgebung für die Entstehung oder Vernichtung von Rechten anerkannt. Das Strafrecht kennt nur den rechtsvernichtenden Einfluß. Das Gesetz geht von der Vorstellung aus, daß durch Zeitablauf Unrecht und Vergeltung, Tat und Täter sich immer mehr entfremden. Daher erscheint eine allzuspäte Vollstreckung und Verfolgung unangebracht. Außerdem spricht noch bei der Verfolgungsverjährung die Tatsache mit, daß die Beweismittel oft fehlen und unsicher sind. Durch die Verjährung wird der entstandene Strafanspruch des Staates aufgehoben, und zwar in jedem Stadium seiner Verwirklichung, also vor, während des Prozesses und nach rechtskräftiger Entscheidung. Das Wesentliche ist also, daß die gesamte Rechtspflege, die den Strafanspruch realisieren soll, unstatthaft wird. Das Primäre ist die Verjährung des Strafanspruchs.

Gegen eine gemischt-rechtliche Auffassung spricht die Tatsache, daß Strafrecht und Strafprozeßrecht ganz verschieden beinhaltet sind. Im Strafrecht handelt es sich um die Fragen: Soll überhaupt eine Bestrafung stattfinden und unter welchen Bedingungen? Welche Strafe soll verhängt werden? Im Prozeßrecht dagegen handelt es sich nur um die Fragen: Soll ein Prozeß stattfinden? Unter welchen Voraussetzungen? Wie soll er stattfinden?[90]) In diesen Fragen gibt es

[87]) Baumgarten: Aufbau d. Verbr.-Lehre, S. 23; Beling: Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissensch., Bd. 39, S. 662; v. Liszt-Schmitt, § 76; v. Bar: Gesetzu. Schuld III, S. 398; Allfeld, S. 303; Köhler, S. 677.

[88]) Rosenberg: Zeitschr. f. d. ges. Rechtswissensch. 36, S. 528 ff.; Lourie: Die Kriminalverjährung, S. 89 ff.; Sauer: Prozeßrecht, S. 330 ff.

[89]) Frank, § 66; Mayer, S. 522; RGESt. 30, S. 31, 41 S. 167, 46 S. 274.

[90]) Beling: Deutsches Strafprozeßrecht 1928, S. 6.

keine Vermischung von Strafprozeß- und Strafrecht. Im Zweifel wird man immer danach fragen müssen, ob man einen die Rechtsfolge bedingenden Umstand mit dem Verdientsein des Strafübels in Beziehung bringen kann. Ist dies der Fall, so liegt dieser Umstand auf materiellem Gebiet. Falls der Umstand nicht zum Strafgedanken paßt, sondern nur das wie und ob der Prozeßtätigkeit beleuchtet, so ist er zu dem Prozeßrecht zu zählen.

Bei der Verjährung herrscht aber die Frage des Nichtverdienstseins der Strafe vor. Denn durch den Zeitablauf werden Tat und Täter immer mehr entfernt, so daß eine allzu späte Bestrafung mit dem Sühnegedanken unvereinbar ist. Es liegt daher im Sinne des Gesetzes, den Täter vor Strafe sicher zu stellen, also in erster Linie einen Strafanspruch des Staates zu verneinen. Wenn man dies erkennt, liegt kein Bedürfnis mehr vor, neben der Straflosigkeit noch eine Unverfolgbarkeit anzuerkennen. Wir zählen daher das Institut der Verjährung ins materielle Recht.

Der Vorentwurf von 1909 bringt die Verjährung in einem besonderen 10. Abschnitt §§ 94—99. Auch hier könnte die Frage auftauchen, ob die Verjährung materiell-rechtlicher, prozessualer oder gemischt-rechtlicher Natur ist. Es werden nämlich nicht die Folgen der Verjährung angegeben. Die Begründung sagt: [91]) „Ebenso wie im geltenden Strafgesetzbuch hat der Entwurf die Vorschriften über die Verjährung aufgenommen. Es ist kein Grund vorhanden, von der herrschenden Meinung, daß die Verjährung den staatlichen Strafanspruch zum Untergang bringt, abzugehen. Die Regeln über die Verjährungen sind also im wesentlichen materieller Natur, und daraus ergibt sich, wenn sie auch daneben prozessuale Wirkung haben, daß ihr richtiger Platz in einem Strafgesetzbuch über das materielle Recht ist. Der Gegenentwurf von 1910 regelt die Verjährung in den §§ 104 bis 112. Auch hier wird nur von „Verjährung" gesprochen, ohne daß die Folgen angegeben sind. Ueber die Natur dieser Vorschrift könnte man daher auch hier im Zweifel sein.

Der Kommissionsentwurf von 1913 behandelt die Verjährung in einem besonderen 12. Abschnitt, §§ 122—129. In § 122, Abs. 1 heißt es: „Die Strafbarkeit erlischt durch Ablauf der Verjährungsfrist." Der § 126 Abs. 1 führt aus: „Die Vollstreckbarkeit der erkannten Strafe erlischt durch Ablauf der Verjährungsfrist."

Der Entwurf von 1919 hat gleichfalls in einem besonderen Abschnitt die Verjährung behandelt (14. Abschnitt §§ 121 bis 128). Der § 121, Abs. 1, Satz 1 lautet: „Die Strafbarkeit einer Tat erlischt durch Ablauf der Verjährungsfrist." Der § 125,

[91]) Begründung zum Vorentwurf von 1909, S. 396.

Abs. 1 führt aus: „Die Vollstreckbarkeit der erkannten Strafe erlischt durch Ablauf der Verjährung." Die Begründung zum 14. Abschnitt erläutert: [92]) „Der Entwurf kennt wie das geltende Recht (§ 66 StGB.) eine doppelte Wirkung der Zeit auf den staatlichen Strafanspruch. Sowohl die Strafbarkeit der Tat, wie die Vollstreckbarkeit der Strafe erlöschen durch Ablauf der Verjährungsfrist . . . Der Satz des § 66 StGB., daß die Strafverfolgung durch die Verjährung ausgeschlossen wird, hat, um die materiell-rechtliche Wirkung der Verjährung hervorzuheben, die Fassung erhalten, daß die Strafbarkeit einer Tat durch Ablauf der Verjährungsfrist erlischt."

Der amtliche Entwurf von 1925 weicht in seinem 10. Abschnitt: Die Verjährung §§ 78 bis 84 von der bisherigen Regelung ab. Zwar heißt es in § 78, Absatz 1, Satz 1: „Die Strafbarkeit der Tat erlischt mit Ablauf der Verjährungsfrist." Aber der § 82, Absatz 1 führt aus: „Wird auf Strafe erkannt, so beginnt mit dem Tage, an dem die Entscheidung rechtskräftig wird, eine neue Verjährungsfrist zu laufen. Mit Ablauf dieser Frist erlischt die Vollstreckbarkeit der Strafe . . ." Dazu sagt die Begründung: „Der Entwurf kennt, wie das geltende Strafrecht (§ 66 StGB.) bei allen Straftaten eine Verjährung. Gegenstand der Verjährung ist der Strafanspruch des Staates; er geht durch Ablauf der Verjährungsfrist unter. Die Verjährung ist mithin eine einheitliche, und zwar materiell-rechtliche Einrichtung. Diese der herrschenden Lehre des geltenden Rechts entsprechende Auffassung findet ihren Ausdruck in § 82; mit der rechtskräftigen Feststellung des Strafanspruchs beginnt keine neue Verjährung, sondern eine neue Verjährungsfrist. Der Wegfall äußert sich verschieden, je nachdem bei dem Eintritt der Verjährung der Strafanspruch als rechtskräftig festgestellt ist oder nicht."

Der Entwurf von 1927 regelt die Verjährung in einem besonderen 11. Abschnitt in den §§ 79 bis 85. Die Vorschriften sind identisch mit dem amtlichen Entwurf von 1925. Die Begründung stimmt gleichfalls überein.

[92]) Denkschrift zum Entwurf von 1919, S. 108.